

## O Controle Judicial de Leis por Erros de Prognoses Segundo o Consequencialismo de Neil MacCormick

**DAVI RODRIGUES BRITO**

Graduando em Direito pela Universidade de Brasília, Coordenador do Diretório Central dos Estudantes da UnB.

Submissão: 16.10.2012

Decisão Editorial: 30.10.2012

**RESUMO:** O objetivo deste trabalho é analisar, por meio da teoria da argumentação jurídica fundada em consequências de Neil MacCormick, se o controle de prognósticos legislativos por órgãos do Poder Judiciário se faz adequada a uma prática coerente e universalizável do Direito. Neste artigo, entende-se prognósticos legislativos como o conjunto de estudos e previsões sobre determinadas matérias com o intuito de fomentar a elaboração de uma lei ou política pública, frisando seu caráter incerto, afinal, discorre sobre temas futuros.

Para introduzir o tema, analisei o Caso das Farmácias, julgado pela Corte Constitucional alemã, já trabalhado pelo Professor Gilmar Ferreira Mendes. A decisão desse caso protege a livre iniciativa por meio da declaração da inconstitucionalidade de lei baseada em prognóstico claramente falho. Entretanto, a decisão não considera que, caso uma prognose declarada infundada pelo judiciário venha a se efetivar, não haverá nenhum tipo de responsabilização pelo erro que foi anular a prognose. Isso porque, ao contrário do que ocorre para os Poderes Legislativo e Executivo, não existe mecanismos de *accountability* para o Judiciário. Em outras palavras, o Judiciário não poderia fazer prognósticos, pois não tem legitimação democrática para tal.

Sem a pretensão de exaurir o assunto com uma resposta definitiva, analiso tanto a decisão tomada pela Corte quanto a questão que este não considerou. Concluo pela impossibilidade de se definir, pela teoria adotada, qual a solução mais adequada ao caso em tela, mas aponto sugestões para uma prática mais coerente do Direito, na qual a argumentação é mais fundante que demonstrativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Neil MacCormick; argumentação fundada em consequências; consequencialismo jurídico; controle de prognoses legislativas; separação de poderes.

**ABSTRACT:** The goal of this paper is to analyze, through Neil MacCormick's consequentialist reasoning theory, if the judicial control of legislative predictions is appropriate for a coherent and universalizable practice of law. Legislative predictions may be defined as the set of studies and forecasts about a subject aiming to base a new law or public policy, highlighting its feature of uncertainty, after all, it relates to future events.

To introduce the topic I analyzed the Pharmacies Case, judged by the German Constitutional Court, which has been already studied by professor Gilmar Ferreira Mendes. This decision protects the free enterprise through the enactment of unconstitutionality of a law built under a clearly groundless legislative prediction. Nevertheless, the Court hasn't considered that, in case the abolished "baseless-prediction" comes to be real, there won't be any means to responsabilize the ones guilty for this wrong decision. That's because, unlike legislative and executive powers, there is no accountability mechanisms for the judiciary. In other words, the judicial system should not make prognosis, once there is no democratic legitimation for it.

Not intending to exhaust the matter of this subject with an imperative answer, I finish by analyzing the German Constitutional Court's decision and also the issues this Court haven't considered. The conclusion is for the impossibility to define, at least through the adopted theory, which solution is the most appropriate, however, it also points out proposals for a more coherent practice of law, where argumentation serves more for reasoning than for merely demonstrate a decision.

KEYWORDS: Neil MacCormick; consequentialist reasoning; legal consequentialism; judicial control of legislative predictions; separation of powers.

SUMÁRIO: 1 A necessidade da análise de prognoses legislativas pelo judiciário; 2 A argumentação fundada em consequências; 3 Decisão fundada em consequências no caso das farmácias; Conclusão; Referências.

## 1 A NECESSIDADE DA ANÁLISE DE PROGNOSES LEGISLATIVAS PELO JUDICIÁRIO

O controle judicial de prognoses é tido como uma necessidade pela jurisprudência e doutrina alemãs e, de lá, foi trazido para o Brasil. Começo este trabalho com um caso julgado pelo Tribunal Constitucional alemão que é importante ser esmiuçado para que fique clara a relevância da análise da prognose legislativa para decisão sobre o caso. Se não houvesse sido feito o controle do prognóstico legislativo, não haveria como declarar inconstitucional a lei em questão; logo, vê-se que não é mera questão de controle de constitucionalidade, mas que o controle da prognose é o que torna o caso único e relevante.

O Professor Gilmar Ferreira Mendes, no texto *Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*, explica o caso *Apotheken-Urteil* (Caso das Farmácias)<sup>1</sup> em que, vencidas as questões processuais, o Tribunal Constitucional alemão adentra os motivos da promulgação da "Lei do Estado [da Bavária] que condicionava a instalação de novas farmácias a uma especial permissão da autoridade administrativa"<sup>2</sup>. Vide o texto da lei questionada:

*Art 3 para 1 of the Pharmacies Act states:*

---

1 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*. *Revista Jurídica Virtual*, v. 2, n. 8, p. 16-18, jan. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_08/cont\\_constitucionalidade.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm)>. Acesso em: 16 out. 2012.

2 *Idem*, p. 16.

(1) *Permission to carry on business can only be given for a new pharmacy if:*

- a) *it is in the public interest that the pharmacy should be established in order to secure the provision of the public with medicines, and*
- b) *it is to be assumed that the economic basis of the pharmacy is ensured and the economic basis of neighbouring pharmacies is not impaired by it to such an extent that the prerequisites for a proper pharmacy business are no longer ensured.*<sup>3</sup>

Um farmacêutico que não conseguiu a permissão para abrir sua farmácia entrou com uma reclamação constitucional junto ao Tribunal Constitucional, alegando que seu direito à livre iniciativa, garantido pelo § 1º do art. 12 da Constituição Alemã (*Grundgesetz – GG*)<sup>4</sup>, estava sendo injustamente cerceado. Sobre o caso, afirmou o Tribunal:

*[...] It follows from this that particularly strict requirements must be placed on proof of the need for such a restriction of freedom. In general, only the prevention of severe dangers for a community interest of paramount importance which are provable or highly probable can legitimise this interference with the free choice of vocation. The goal of promoting other community interests, or protection of the social prestige of a vocation by limiting the number of its members do not suffice, even if such goals would justify legislative measures in other cases.*

*The legislator must in each case make rules under Art 12 para 1 sentence 2 on the level which carries with it the least interference with freedom of choice of vocation, and may only embark on the next level if it can be demonstrated with high probability that the dangers feared cannot be effectively combated by means (which are constitutional) at the previous level*

*[...]*

*5. The restrictions on the power to make rules which arise from the need to have regard to the basic right are material requirements of the Constitution which are primarily directed towards the legislator himself. But the Federal Constitutional Court must watch over their observance. If it is a question of a limitation of the free choice of vocation at the final level (of the objective conditions for admission), the Federal Constitutional Court must therefore first examine whether a paramount community interest is at risk and whether the statutory regime can do anything to prevent this risk. But it must also examine whether this particular intervention is required to protect that interest, or in other words whether the legislator could not have implemented this protection with rules at a previous level.*<sup>5</sup>

3 Extraído da decisão: BVerfGEo 7, 377 Apotheken-decision, de 11 de junho de 1958.

4 "Article 12 [Occupational freedom; prohibition of forced labor]

(1) *All Germans shall have the right freely to choose their occupation or profession, their place of work, and their place of training. The practice of an occupation or profession may be regulated by or pursuant to a law."* German Basic Law – Grundgesetz (GG).

5 Extraído da decisão: BVerfGEo 7, 377 Apotheken-decision, de 11 de junho de 1958.

Admitiu o Tribunal que as questões de fato teriam que ser analisadas pela Corte a fim de que se averiguasse uma real ameaça a um importante interesse da comunidade, única justificativa para tamanha restrição a um direito fundamental. Como Gilmar Mendes afirma em seu já referido texto:

Após rigoroso exame sobre o prognóstico do legislador, concluiu a Corte:

- a) que a liberdade de instalação de farmácias, em outros países com o mesmo *standard* civilizatório da Alemanha, não levou a uma efetiva ameaça da saúde pública (examinou-se em particular a situação existente na Suíça com base nos laudos apresentados pelos peritos designados);
- b) que a liberdade de instalação de farmácias não levaria, necessariamente, a uma multiplicação ilimitada desses estabelecimentos, porquanto a decisão sobre a sua instalação ou não, tendo em vista os elevados custos financeiros, passa por inevitáveis considerações de ordem econômica e análise de mercado;
- c) que o temor revelado pelo legislador quanto à eventual impossibilidade de os farmacêuticos cumprirem seus deveres legais em razão da queda de sua capacidade financeira revelava-se igualmente infundada, uma vez que uma decisão pessoal economicamente equivocada não poderia servir de base para a decisão legislativa em apreço. Ademais, a tendência revelada no sentido da superação do modelo de farmácia de fabricação pelo de simples entrega de produtos acabados reduz a responsabilidade do farmacêutico e aumenta o seu tempo livre;
- d) que a maior procura de medicamentos decorreria, segundo a opinião dos *experts*, fundamentalmente, das mudanças ocorridas nas condições de vida durante a guerra – subnutrição, estresses físico-emocionais –, não estando relacionada com a existência de múltiplos locais de venda de produtos farmacêuticos.<sup>6</sup>

Ficou claro, então, que essa lei se mostrou incompatível ao fim a que se propunha. A situação fática na qual se encontrava o Estado da Bavária não caminhava para um caos na saúde pública devido a uma proliferação descontrolada de farmácias, como a lei supôs. Sendo assim, não se fazia razoável limitar um direito fundamental, a liberdade de exercer sua vocação profissional. Como asseverou o Tribunal, somente a prevenção de danos graves ao bem comum poderia justificar uma interferência legislativa tão forte à liberdade de exercício da vocação escolhida.

Nas palavras de Gilmar Mendes:

---

6 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 17-18.

Resta evidente que, para afirmar a inconstitucionalidade do modelo legislativo consagrado, teve o Tribunal que infirmar a prognose estabelecida pelo legislador, quanto à possibilidade de uma multiplicação dos estabelecimentos farmacêuticos em razão da ausência de uma regulação restritiva. A manifesta inconsistência do prognóstico estabelecido pelo legislador ressaltava que a decisão adotada não protegia o interesse público, contendo, portanto, restrição incompatível com o livre exercício de atividade profissional.<sup>7</sup>

Como a possibilidade de concretização do prognóstico (feito a partir da interpretação dos fatos analisados pelo legislador) era o único motivo razoável para limitar o direito fundamental em litígio, para julgar a possível inconstitucionalidade da Lei das Farmácias, o Tribunal Constitucional teve antes que adentrar a prognose legislativa. Ou seja, para cumprir sua função de proteção da Constituição e dos direitos nela estabelecidos, o Tribunal Constitucional alemão teve que declarar inconstitucional uma prognose legislativa.

Para o autor, esse caso deixa claro que tribunais podem, sim, anular prognoses legislativas, se este controle se fizer necessário para a efetiva proteção dos direitos. Afinal, ao Poder Judiciário cabe a guarda dos direitos, principalmente os garantidos pela Constituição. Se esses direitos restam ameaçados por um prognóstico falho, faz-se necessário que o Judiciário o analise com os devidos cuidados, sob o risco de não cumprir sua função.

Porém, há uma importante ressalva a ser feita aqui. A decisão do Tribunal tomou um ponto como dado sem discuti-lo propriamente: pode um órgão do Judiciário analisar uma prognose legislativa? A separação de poderes confere ao Judiciário o dever de proteger direitos nos casos concretos (microjustiça) a partir de normas e princípios previamente estabelecidos. Cabe ao Executivo e ao Legislativo o poder de fazer leis e políticas gerais a partir dos recursos escassos, almejando sua melhor distribuição (macrojustiça) por meio de estudos e previsões (prognose).

Essas características são estruturantes. Para o Judiciário cumprir seu papel de imparcialidade no julgamento do caso concreto, o juiz tem que ser independente, não pode ser punido por suas decisões, mesmo que estas afetem interesses políticos de indivíduos ou grupos poderosos. Para que o Executivo e o Legislativo cumpram seu papel de representantes do povo, é essencial que suas escolhas passem pelo crivo da população, de modo que se o povo não aprovar a atuação de seus representantes, não os elegerão para um outro mandato. Enquanto o Judiciário é livre para tomar a decisão mais justa independentemente das forças políticas, os outros poderes são vinculados por meio de um mecanismo de responsabilização democrática (*accountability*) por atos que não agradem seus eleitores, incluindo escolhas erradas.

---

7 Idem, p. 18.

O Executivo e o Legislativo trabalham com o futuro a partir de recursos escassos, é natural que errem. Esses poderes têm legitimidade para errar, pois podem ser responsabilizados. Prognósticos são, em última análise, um exercício de adivinhação, mesmo com bases científicas jamais haverá garantia de acerto.

Desse modo, não parece razoável que o Judiciário faça ou analise prognoses legislativas, pois não existe nenhum mecanismo de *accountability* para responsabilizar o juiz ou tribunal por erros nas prognoses. Todavia, o controle judicial no exemplo dado não poderia ter sido feito sem que o Tribunal analisasse a prognose feita pelo legislador. E assim como o Estado Democrático de Direito exige que haja responsabilização democrática, exige também que o Judiciário proteja os direitos fundamentais, mesmo que em detrimento do interesse público. Deveria o Tribunal Constitucional alemão ter assumido o risco de anular uma prognose legislativa a fim de se proteger um direito que restava ameaçado?

Se o Tribunal Constitucional alemão tivesse analisado a questão levantada, teria chegado ao mesmo resultado? Sugiro que a análise do ponto relegado pelo Tribunal seja feita por meio da argumentação consequencialista de MacCormick, que exponho a seguir.

## 2 A ARGUMENTAÇÃO FUNDADA EM CONSEQUÊNCIAS

Neil MacCormick, sobre o problema das decisões poderem ser justificadas a partir de suas consequências, identifica duas visões extremadas e antagônicas:

Em uma delas, a única justificação para uma decisão poderia ser em termos da totalidade de suas consequências, ainda que remotas – em outras palavras, da sua capacidade de produzir o maior benefício líquido, tomando em conjunto todas as consequências e julgando-as a partir de algum critério adequado de custo e benefício. No outro extremo estaria a posição segundo a qual a natureza e a qualidade da decisão seriam os únicos elementos a serem considerados relevantes na justificação de sua correção, sem considerar qualquer de suas consequências, ainda que próximas. Nenhuma dessas visões extremadas é aceitável.<sup>8</sup>

Uma das críticas à primeira visão feita por MacCormick explica que, como as cadeias de consequências se estendem ao infinito e o futuro não pode ser previsto, essa corrente acaba por impossibilitar a justificação racional da decisão. Sobre a segunda corrente, o maior problema seria que ela eliminaria a importância da responsabilidade e da prudência sobre os atos das pessoas em relação às suas consequências (principalmente as previsíveis), o que justificaria ações inconsequentes, no pior sentido do termo. Desse modo, rejeita ambas as visões, sugerindo que se aceite alguns tipos de consequências e se propondo a explicar quais são.

---

8 MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 136.

Faço uma brevíssima digressão para ressaltar que a proposta de MacCormick não é somente uma sugestão, mas também uma análise de como efetivamente são tomadas as decisões, e isso vale para toda sua teoria da argumentação jurídica. Como afirmou Atienza:

*Ello no quiere decir tampoco [...] que su teoría sea simplemente prescriptiva, sino que, al mismo tiempo, es también descriptiva. No trata únicamente de mostrar bajo qué condiciones puede considerarse justificada una decisión jurídica, sino que pretende, además, que las decisiones jurídicas, de hecho, se justifican precisamente de acuerdo con dicho modelo.<sup>9</sup>*

O modelo de fundamentação de decisões baseado em consequências de MacCormick é, então, prescritivo e também descritivo.

Finda a digressão, voltemos ao modelo consequencialista de MacCormick. Ele diz que em casos problemáticos, em que mais de uma solução parece possível, os juízes tendem, como meio de escolher qual é a decisão mais adequada (e racional), a se voltar para a análise das consequências das decisões em relação ao Direito. Um dos exemplos dado pelo autor é o caso inglês do século XIX, Regina v. Dudley and Stephens. Nesse caso, dois náufragos mataram outro náufrago para comer sua carne após vários dias sem água ou alimentos e por isso estavam sendo processados por homicídio. Como defesa, o alegado foi estado de necessidade. Lord Coleridge, então, responde em seu voto:

Não é necessário apontar o perigo terrível que estaria envolvido em admitir o princípio que a defesa está postulando. Quem seria o juiz desse tipo de necessidade? Com base em que parâmetro seria possível comparar o valor das vidas envolvidas? [...] É evidente que o princípio deixa a cargo daquele que tira proveito dele a determinação da necessidade capaz de justificar o ato de tirar deliberadamente a vida de outra pessoa para salvar a própria... [É] bastante claro que esse princípio, uma vez admitido, pode ser transformado em uma cobertura jurídica para paixões descontroladas e crimes atrozes.<sup>10</sup>

MacCormick, então, diz:

Perceba que o “perigo terrível” captado aqui é um perigo terrível relativo a algo que iria decorrer logicamente do princípio sustentado pela defesa, caso ele fosse adotado. A única forma plausível de estabelecer uma exceção adequada à tipificação do homicídio seria uma sentença judicial, ou, segundo o termo utilizado por Lord Coleridge, a declaração de um princípio jurídico que autorizasse as pessoas cujas vidas estivessem em perigo imediato a julgarem se deveriam matar outra vítima inocente desse mesmo perigo de modo a salvarem suas vidas. *A qualidade inaceitável ou alarmante desse princípio é exibida a partir do momento*

9 ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. 2. ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 108.

10 Lord Coleridge apud MACCORMICK, Neil. Op. cit., p. 140.

*em que se lida com suas implicações lógicas, com a sua transformação em uma norma capaz de governar casos futuros.*<sup>11</sup>

Essa é a extensão das consequências que importa ao Direito.

O *rule of law* exige que o feito seja uma prática coerente, o que torna necessário que decisões tomadas em casos concretos tenham fundamentos universais, ou, ao menos, universalizáveis. Em outras palavras, para ser coerente, o que é justo para o Direito em um caso concreto tem que ser igualmente justo em outro caso suficientemente semelhante<sup>12</sup>. Para isso, as consequências de uma decisão têm que ser, também, universalizáveis. Se Lord Coleridge houvesse absolvido os náufragos por meio do argumento do estado de necessidade, a consequência lógica dessa decisão seria que em todas as situações semelhantes que viessem a ocorrer após esse julgamento, se é que viriam a ocorrer, os réus teriam que ser absolvidos, mesmo se movidos por paixões descontroladas. Isso seria uma consequência indesejável que afetaria diretamente o Direito em suas aplicações futuras.

A partir desse exemplo, pode-se fazer a distinção entre “consequências jurídicas” e “consequências comportamentais” das decisões (essas classificações foram criadas por MacCormick, mas seus nomes foram sugeridos por Bernard Rudden<sup>13</sup>). As consequências comportamentais são relativas a mudanças de comportamento que as pessoas terão a partir de determinada decisão. Pode-se pensar que, se Lord Coleridge tivesse absolvido os náufragos, as pessoas que estivessem em uma situação parecida à que eles se encontravam no momento do crime teriam menos receio de matar para se salvar. Essa seria uma consequência comportamental da decisão do Lord. É da natureza desse tipo de consequência ser puramente especulativa, porque depende das ações de indivíduos, mesmo sendo bem mais prováveis em outras situações (como em casos envolvendo normas de Direito Tributário, por exemplo<sup>14</sup>). Por mais que a decisão seja um incentivo a determinada consequência, ela depende da vontade e da ação de um indivíduo; logo, essa consequência não pode ser determinada, será somente um palpite<sup>15</sup>.

Já as consequências jurídicas, as que importam ao Direito, são decorrências lógicas da decisão, como já foi dito. Não se pode realmente prever se outras pessoas que, por ventura, estejam em situação semelhante à dos náufragos estariam mais propensas a matar para não morrer de fome caso a decisão do Lord Coleridge tivesse adotado a tese do estado de necessidade. Entretanto, se essa situação realmente viesse a se repetir, não seria desejável que o Direito

---

11 Idem, p. 140 – grifos nossos.

12 MACCORMICK, Neil. On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. *University Law Review*, New York, v. 58, n. 2, p. 249-250, may 1983.

13 Idem, p. 251.

14 MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*, p. 147.

15 Idem, p. 143-144.

abraçasse os homicídios que poderiam decorrer dela. Ou seja, não se pode realmente prever as consequências comportamentais, mas as consequências jurídicas são previsíveis e devem ser levadas em consideração.

Isso pode ser extraído da fala do Lord Coleridge: “[é] bastante claro que esse princípio, uma vez admitido, pode ser transformado em uma cobertura jurídica para paixões descontroladas e crimes atrozes”. As “paixões descontroladas e crimes atrozes” são consequências comportamentais, são meras especulações do que poderia ocorrer caso a decisão se desse em sentido contrário. Na verdade, não têm muito peso no fundamento da decisão. O que realmente parece ser importante é a “cobertura jurídica” que seria dada a essas possibilidades<sup>16</sup>, caso ocorressem, é a consequência jurídica da decisão.

Conclui, então, MacCormick:

Assim, em essência, o que eu chamo de Direito da argumentação consequencialista é focado não tanto em estimar a probabilidade de mudanças comportamentais, mas na conduta possível e em seu determinado status normativo à luz da decisão que está sendo considerada.<sup>17</sup>

Para além da questão de prever condutas que seriam relevantes ao Direito, está a questão de avaliar quais das condutas relevantes ao Direito devem ser tidas como certas e, conseqüentemente, ser incentivadas (incentivo no sentido de receber a “cobertura jurídica” citada por Lord Coleridge), e as condutas relevantes que devem ser tidas como erradas e ser rechaçadas pelo Direito. MacCormick nos alerta que essa “avaliação jurídica [provavelmente opera] sobre uma pluralidade de valores, e não sobre um único parâmetro”<sup>18</sup>. Obviamente, os valores relevantes mudam de acordo com o contexto, com os indivíduos ou grupos envolvidos, e, ainda, com os ramos do Direito em questão. Explica MacCormick:

As ordens jurídicas são em substância ordens dotadas de autoridade que determinam o traçado da linha entre o certo e o errado. E as linhas assim traçadas têm aplicação igual para todas as pessoas dentro da respectiva jurisdição. A justiça, ou ao menos a justiça de acordo com o Direito, é uma função particularmente complexa das linhas traçadas entre o certo e o errado, e das respostas às ações que atravessam essa linha, e ela se estende cortando todo o conjunto de valores relevantes. [...] A justiça que os sistemas jurídicos almejam assinala um papel central à preservação do respeito adequado por aqueles valores presentes nos arranjos entre as pessoas e na aplicação de tutelas e penas adequadas quando estes são violados.<sup>19</sup>

E prossegue:

---

16 Idem, p. 144.

17 Idem, p. 147.

18 Idem, p. 150.

19 Idem, p. 151.

Ver isso é ir um pouco mais adiante na questão relativa aos fundamentos para a avaliação das conseqüências jurídicas. Isso porque problemas jurídicos surgem quando do estabelecimento de novo Direito, e novas decisões dadas em casos difíceis se constroem sobre porções estabelecidas do Direito. Essas porções estabelecidas do Direito focam-se em certos valores ou complexos de valores. É em relação a esses mesmos valores que nós testamos e eliminamos decisões conflitantes em casos difíceis. Ao considerar as conseqüências de uma decisão por meio dessas implicações em relação a casos hipotéticos, descobrimos se uma decisão nos obriga a tratar universalmente como corretas certas ações que subvertem ou deixam de respeitar em nível adequado os valores em jogo, ou de tratar como erradas formas de conduta que não incluem qualquer subversão desse tipo. Qualquer uma dessas conseqüências é inaceitável porque provoca injustiça, ou seja, violações do valor adequado presente nas instituições jurídicas.<sup>20</sup>

Segundo o autor, não há uma gradação definida de importância entre os valores que guiam as decisões jurídicas (embora haja autores que discordem), porém, esses valores podem ser “comensuráveis situacionalmente”.

Isso quer dizer que questões como esta a seguir freqüentemente precisam ser formuladas e respondidas em situações particulares: Quando é que algum sacrifício da liberdade torna-se aceitável em virtude de perigos presentes e imediatos à vida e, se for o caso, quanto e de que forma? Como saber se algum grau de “economia com a verdade” é justificado em consideração da reputação individual ou da privacidade (como ocorre no direito da proteção das informações pessoais)? Como saber se considerações de custo (pelo impacto da taxação ou na persecução de outros bens) justificam tolerar certas imperfeições na administração da justiça e, se for o caso, como saber quanta imperfeição? O julgamento nesses casos deveria verificar se é ou não aceitável sacrificar um valor em algum grau em benefício de uma proteção mais completa de outro valor em uma dada situação de julgamento, e, se a resposta for positiva, em que grau.<sup>21</sup>

Em resumo, MacCormick diz que a avaliação de conseqüências da decisão é essencial aos fundamentos da decisão. Contudo, o tipo de conseqüência que importa ao Direito são as “conseqüências jurídicas”, que são as condutas futuras que, se vierem a ser praticadas, serão acobertadas (ou rechaçadas) pelo Direito, não importando se, na prática, esta conduta será mais ou menos praticada devido a este incentivo (pois essa conseqüência é imprevisível). Afirma, ainda, que as conseqüências jurídicas, além de serem previstas, são avaliadas por seus julgadores, pois elas protegem valores. Desse modo, visando manter a coerência do sistema jurídico, a avaliação das conseqüências jurídicas é um instrumento fundamental para evitar que a proteção a valores que sejam universalizados por uma decisão judicial conflite futuramente com a proteção a outros valores relevantes. Em casos difíceis, esses valores conflitam explicitamente, mas sua proteção ou sacrifício nas situações hipotéticas previstas pelo julgador

---

20 Idem, p. 152.

21 Idem, p. 155.

pode ajudar a mostrar qual a solução mais adequada a ser mantida para o caso concreto e para os casos futuros.

### 3 DECISÃO FUNDADA EM CONSEQUÊNCIAS NO CASO DAS FARMÁCIAS

Quando o Tribunal Constitucional alemão percebeu que a Lei das Farmácias restringiria a liberdade de exercício profissional, o fez por análise das consequências jurídicas. Não havia que se considerar se mais ou menos pessoas iriam querer abrir farmácias após a edição da lei, ou se os agentes do Estado iriam levar esta lei a sério e iriam realmente criar empecilhos para dar permissões para novos farmacêuticos abrirem suas farmácias, mas somente que, se alguém tentasse abrir alguma farmácia, o Direito poderia impor restrições a isso. Essas restrições não indicam que abrir farmácias é uma conduta indesejável do ponto de vista do direito e por isso deveria ser rechaçada, mas uma conduta que deveria ser feita com cautela e observando determinados critérios.

O valor protegido caso a lei fosse declarada constitucional seria a saúde pública, que estaria em conflito com o direito de exercício profissional. No entanto, o Tribunal alemão verificou que a decisão de declarar a Lei das Farmácias constitucional na prática não protegeria nenhum valor. A pergunta “em que grau é válido sacrificar a liberdade de exercício profissional para proteger a saúde pública?” não fazia mais sentido, pois não havia mais proteção à saúde pública e não se justificava o sacrifício de um valor tão forte, um direito constitucionalmente garantido, sem se ter em contrapartida a preservação de algum outro valor. Descobrir onde se encontrava a justiça nesse caso se tornou muito fácil após ser constatado erro na prognose legislativa.

No entanto, se o Tribunal tivesse se detido no ponto levantado (pode o Judiciário adentrar uma prognose legislativa?) pelos motivos já apresentados, os valores a serem protegidos seriam outros. Dentro dessa hipótese, se o Tribunal decidisse fazer o exame das prognoses, como de fato o fez, a consequência jurídica seria a de que sempre que qualquer direito restasse ameaçado a sofrer qualquer restrição por uma lei, e a verificação do valor que seria protegido por essa lei depender da análise de uma prognose, o juiz ou tribunal deve analisar essa prognose para verificar sua consistência. Se, ao contrário, o tribunal decidisse que não cabe ao Judiciário a análise dos prognósticos feitos pelo legislador, a consequência jurídica é que seria vedado a juízes e tribunais o exame de prognoses legislativas, mesmo em situações em que isto se faz necessário para averiguar se algum direito fundamental resta ameaçado.

É relevante fazer notar que o Caso das Farmácias, do modo que está sendo agora analisado, tem uma peculiaridade em relação à classificação dada: as condutas relevantes são relacionadas com o Direito somente por meio de seus aplicadores. Enquanto em *Dudley and Stephens* as condutas relevantes ao Direito eram das pessoas que porventura estivessem em situação similar à dos naufragos e, no Caso das Farmácias, como foi até agora analisado, as condutas

relevantes eram dos funcionários públicos que poderiam vir a impor restrições aos novos farmacêuticos, as condutas que são relevantes ao Direito por essa análise dos outros valores dentro do Caso das Farmácias são as condutas dos juizes. Portanto, a decisão não gera um acobertamento, mas uma vinculação do juiz a uma determinada prática em virtude do precedente (partindo dos pressupostos de MacCormick que o direito tem que ser uma prática universalizável e isonômica).

É mais racional que qual das duas consequências seja abraçada pelo Direito em detrimento da outra? Qual delas traz mais proteção ao valores bem-quistos ao Direito? Pode o Judiciário arriscar fazer previsões erradas sem nenhum mecanismo de responsabilização em nome da proteção dos direitos? Pode deixar de proteger um direito por não poder analisar uma prognose legislativa? Para desenvolver esse raciocínio, é necessário ver quais valores estão por trás das consequências jurídicas previstas.

Na primeira hipótese, hipótese em que o Tribunal examina as prognoses, o valor defendido é uma “versão forte” da proteção judicial aos direitos fundamentais, do *judicial review* e, em última análise, uma versão forte do próprio *rule of law* e do Estado de Direito. Digo versão forte porque o *rule of law* e, conseqüentemente, a proteção aos direitos não estariam em si ameaçados caso fosse adotada a solução contrária, mas com certeza o judiciário teria menos força pra controlar os atos legislativos. Assim, mesmo que o valor protegido não seja em si o Estado de Direito, seria uma versão mais garantista deste, ao menos em tese.

Na segunda hipótese, caso em que o Judiciário não se julga competente para analisar prognoses legislativas, o valor a ser protegido é a separação de poderes, pois ações como prognósticos não são próprias do Poder Judiciário, que, mesmo se estivesse equipado para analisar devidamente essas previsões, não seria passível de responsabilização em caso de uma prognose falha.

Me parece que a universalização dos valores defendidos nessa última hipótese só poderia causar mal à prática futura do Direito no caso de se considerar que a proteção aos direitos tenha que se dar de acordo com a “versão forte” do *rule of law*, adequada a outra decisão, e somente nesse caso. Pois se se considera que qualquer ameaça a um direito fundamental por parte do Legislativo deva ser incondicionalmente interrompida pelo Judiciário, assim como foi feito no Caso das Farmácias, a separação de poderes parece poder ser parcialmente sacrificada.

Contudo, ao analisarmos o valor que chamei de versão forte do *rule of law*, além de ser inadequado caso consideremos que a separação de poderes não pode sofrer um sacrifício tal como mostrado anteriormente, ele gera também um outro problema. Esse valor seria um *rule of law* mais garantista pois, como já foi dito, incumbiria o Judiciário de proteger direitos fundamentais mesmo quando não se tem certeza de que este será indevidamente restringido.

No entanto, não se pode afirmar que, na realidade, o Judiciário acabaria por efetivamente proteger direitos com essa prática.

No Caso das Farmácias, a prognose legislativa é claramente falha, ficando igualmente claro o absurdo que seria sacrificar um direito fundamental por uma lei que não protegeria valor algum. Mas a coerência exigida do Direito faria com que sempre que qualquer direito restasse ameaçado a sofrer qualquer restrição por uma lei, sendo que a verificação do valor que seria protegido por essa lei dependesse da análise de uma prognose, o juiz ou tribunal deveria analisar essa prognose para verificar sua consistência. E temos que considerar que nem sempre uma falha de prognose vai ser tão evidente quanto aquela do Caso das Farmácias. Desse modo, o juiz poderia não ver falhas nos prognósticos legislativos, acabando por deixar os direitos tão desprotegidos quanto se não houvesse análise das prognoses. Como análise das consequências jurídicas, isso não seria exatamente um problema, já que se não houvesse o exame de prognoses, esses direitos seriam sacrificados da mesma maneira, e os direitos ameaçados por leis baseadas em prognósticos claramente falhos seriam protegidos. Até aí as consequências seriam só positivas, mais positivas até que as decorrentes da outra solução.

Contudo, e se o juiz fizesse um erro ao analisar uma prognose? Se o Tribunal Constitucional alemão, por hipótese, após declarar a inconstitucionalidade da Lei das Farmácias, visse a instauração do caos da saúde pública na Bavária decorrente dos motivos que julgou infundados, decorrente das causas que o parlamento previu e tentou remediar com a lei declarada inconstitucional, quem seria responsabilizado por tamanho erro de gestão? Os parlamentares que editaram a lei tentaram fazer algo a respeito de um problema que identificaram agindo dentro de suas possibilidades (e provavelmente esses parlamentares não receberiam os votos dos farmacêuticos que não conseguiriam abrir suas farmácias, caso a lei não tivesse sido declarada inconstitucional). Mas e os juízes que declararam a lei inconstitucional, se o caos na saúde pública realmente ocorresse, como eles responderiam a esse erro? Nesse sentido, não se pode dizer que o judiciário realmente protegeu direitos ao agir de forma mais garantista, pois é admitido que a saúde pública é mais importante de ser preservada do que a parcela limitada do direito à liberdade de exercício profissional.

Infelizmente, creio que ainda não possa ser dada uma resposta definitiva ao problema, pois, por mais que o *rule of law* em sua versão forte sobre a qual discorri anteriormente permita que o judiciário erre sem que haja qualquer mecanismo de *accountability*, o que, sem dúvidas, é uma característica indesejada pelo Direito, e que esses possíveis erros sacrifiquem direitos mais do que os protejam, outra consequência da persecução deste valor seria a efetiva proteção a direitos ameaçados por leis baseadas em prognoses claramente falhas, o que é algo bom para o Direito. Ainda que, intuitivamente, possa parecer que o efeito ruim dessa decisão seja muito maior que o efeito bom (seja por haverem poucos casos de leis com prognoses visivelmente falhas ou pelos riscos de se

permitir que juízes façam previsões serem altos, etc.), não se pode afirmar qual é a melhor decisão, pois, não há bases para afirmar peremptoriamente qual dessas consequências traria mais efeitos positivos para o Direito ou protegeria melhor valores mais relevantes.

Contudo, MacCormick afirma que além dos valores aplicáveis ao caso, existem também valores universais do Direito. São difíceis de serem enumerados, e, se forem, sempre haverá repetições e sobreposições<sup>22</sup>; porém, creio poder estabelecer que a racionalidade é um valor a ser protegido pelo Direito como requisito a sua coerência. Nesse sentido, talvez a decisão que o Tribunal Constitucional alemão tomou não tenha sido a melhor, pois, por mais que o Tribunal tenha se utilizado de meios para trazer racionalidade à análise da prognose, o fato de tê-la analisado fez com que se tornasse obrigatório que os tribunais analisem prognoses sempre que qualquer direito restasse ameaçado a sofrer qualquer restrição por uma lei, sendo que a verificação do valor que seria protegido por essa lei dependesse da análise dessa prognose. Se, porventura, o tribunal que tiver que analisar uma prognose não tiver meios adequados para fazer essa análise, ou mesmo se tiver mas fizer uma análise não mais adequada que o legislador fez, a análise das prognoses, além de trazer a possibilidade de erros sem *accountability*, não traria mais racionalidade às decisões judiciais, tornando este um procedimento mais retórico (no sentido pejorativo) do que fundamentador.

## CONCLUSÃO

As consequências jurídicas de MacCormick são situações hipotéticas logicamente decorrentes da decisão proferida e trazem possíveis valores que podem se chocar ou se adequar à justiça em um dado caso concreto. A decisão proferida pelo Tribunal Constitucional alemão no Caso das Farmácias passou por este crivo, pois, uma vez que a prognose foi considerada infundada, não havia mais motivo para que a Lei das Farmácias permanecesse restringindo o direito fundamental de exercer livremente sua profissão, sendo que ela mesma não protegia valor algum.

Contudo, a análise, por esses mesmos parâmetros, do problema se o Tribunal Constitucional deveria ou não ter analisado a prognose legislativa, se mostrou mais complexa, pois, em situações decorrentes logicamente das possíveis decisões do Tribunal, os valores a serem protegidos não se fazem necessariamente mais importantes que seu valor contraditório. Desse modo, a argumentação fundada em consequências, apesar de ser essencial na justificação do caso, não se mostrou eficaz para solucionar este conflito.

Há, ainda, uma tentativa de trazer a racionalidade como valor geral do Direito, de modo a dar mais força aos valores que seriam protegidos pela deci-

---

22 Idem, p. 154.

são de não se analisar judicialmente prognoses legislativas. A análise judicial dos prognósticos, no entanto, é uma prática razoavelmente assentada, como sugerem os textos do Professor Gilmar Mendes e até mesmo a própria decisão analisada. Até por isso, o objetivo deste trabalho não foi descobrir uma resposta sobre o assunto, mas simplesmente levantar pontos pouco problematizados. Afinal, “argumentação jurídica racional, de acordo com a visão apresentada aqui, não é argumentação demonstrativa”<sup>23</sup>.

## REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. 2. ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- DWORKIN, Ronald M. *Taking Rights Seriously*. Cap. 4 – Hard Cases. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.
- BVerfGEo 7, 377 Apotheken-decision (Caso das Farmácias), de 11 de junho de 1958. Traduzido do alemão por Raymond Youngs. Disponível em: <[www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work\\_new/german/case.php?id=657](http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=657)>. Acesso em: 16 out. 2012.
- GERMAN BASIC LAW – Grundgesetz (GG). Translation provided by Inter Naciones. Disponível em: <<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/GG.htm#12>>. Acesso em: 16 out. 2012.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- \_\_\_\_\_. On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. *University Law Review*, New York, v. 58, n. 2, may 1983.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Jurídica Virtual*, v. 2, n. 8, jan. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_08/cont\\_constitucionalidade.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm)>. Acesso em: 16 out. 2012.

---

23 Idem, p. 361.