

CONSEQUENCIALISMO E O ARGUMENTO ECONÔMICO EM JUÍZO: ESTUDO SOBRE A UTILIZAÇÃO DO ARGUMENTO DO RISCO SISTÊMICO DOS PLANOS ECONÔMICOS NA ADPF 165*

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros **

RESUMO

O direito comporta o argumento econômico em certas discussões, inclusive por opção do legislador, sendo possível observar a utilização do argumento econômico em juízo. Todavia, pouco se questiona de que modo e como os argumentos econômicos estão sendo enfrentados pelos juízes. O artigo propõe contribuir para o debate apresentando um estudo a partir do argumento do risco sistêmico dos planos econômicos (Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e II) na ADPF 165, ainda em andamento no Supremo Tribunal Federal (STF). A abordagem será o exame do argumento econômico conhecido como consequencialista. Será possível apresentar uma tipologia deste argumento no Brasil e indicar o perigo da descaracterização do consequencialismo para o direito. A conclusão aponta para um alerta, as exigências para uma avaliação segura do argumento consequencialista.

PALAVRAS-CHAVE: Consequencialismo; Argumento Econômico; Planos Econômicos; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 165

ABSTRACT

Law includes the economic reasoning in certain discussions; especially when it is the option established by the legislator, or by the prevailing reasoning in judicial courts. However, there is not enough study about how Brazilians courts deal with the economic reasoning. This article aims to contribute to the debate by presenting a study of the systemic risk argument in the economic plans (Bresser, Verão, Collor I and II) in the claim of breach of fundamental precept (ADPF) 165, still in progress at the Brazilian Supreme Court (STF). The approach focus on the examination of the economic reasoning known as consequentialist. The article works on a typology of these arguments in Brazil

* Artigo recebido em: 15/07/2014.

Artigo aceito em: 31/10/2014.

** Pesquisador. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV)

and indicates the danger of a transformation from a legal consequentialism reasoning to a non-legal one. The conclusion points out to an alert, the requirements for a strong legal consequentialist reasoning.

KEYWORDS: Consequentialism; Economic Reasoning; Economic Plans; Claim of Breach of Fundamental Precept (ADPF) 165

SUMÁRIO

1. .INTRODUÇÃO

2. HISTÓRICO E ESTRATÉGIA PROCESSUAL NA ADPF 165

2.1 O caso dos planos econômicos

2.2 O argumento do risco sistêmico e a disputa de pareceres

2.3 Estratégia processual

2.4 Parecer da procuradoria geral da república

3. ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA E TIPOLOGIAS NO BRASIL

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: PONDERAÇÃO DOS ARGUMENTOS E AS EXIGÊNCIAS DE UM CONSEQUENCIALISMO FORTE

5. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Do ponto de vista da atividade jurisdicional, a relação entre direito e economia é complicada, sobretudo em razão da complexa articulação e ponderação entre argumentos jurídicos e econômicos. Ainda, considerando que muitos juízes não dominam a metodologia econômica, a compreensão e a avaliação dos argumentos econômicos se tornam uma tarefa tormentosa para o Judiciário. Afinal, argumentos econômicos não são jurídicos, possuem uma chave de análise empírica e se referem principalmente às projeções com pretensões científicas para além dos estudos dos mercados, desconhecidas na área do direito¹. É possível lembrar da constatação de Posner² que diz:

(...) juristas tendem a ter uma ideia mais rígida acerca dos limites da economia do que os economistas, em parte porque os juristas não conhecem a extensão da economia para além dos comportamentos dos mercados³

É inquestionável que o direito comporta o argumento econômico em certas discussões, o que justifica a maciça existência do argumento econômico em juízo. Basta verificar o desenvolvimento do direito antitruste, do direito do consumidor, do direito financeiro (ou orçamentário) e do próprio direito regulatório no país. Áreas fortemente influenciadas pelas análises microeconômicas.

Nestes casos, a opção do legislador foi permitir uma maior integração dos argumentos econômicos no direito para uma melhor solução. Ao

¹ Para uma apresentação sobre pesquisa em direito e economia ver SALAMA, 2008.

² POSNER, R. "The Law and Economics Movement", In The American Economic Review Vol. 77, No. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Ninth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1987), pp. 1-13 Published by: American Economic Association - Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1805421>, P. 04.

³ Versão original: "(...) lawyers tend to have more rigid, stereotyped ideas of the boundaries of economics than economists do, in part because most lawyers are not aware of the extension of economics to non-market behavior".

considerar argumentos econômicos, a autoridade competente não deixa de tomar uma decisão jurídica, sobretudo porque as leis em geral expressamente autorizam a aplicação destes argumentos.

A distinção central entre ambas áreas é conhecida: a análise econômica é pautada principalmente nas discussões acerca das eficiências, enquanto a jurídica se concentra na discussão da legalidade das condutas. Ambas, em alguns temas, acabam lidando com os mesmos problemas de coordenação da sociedade, auxiliando a autoridade a tomar a melhor decisão. Embora sua operação não seja simples, como uma mera subsunção da norma ao fato, o argumento econômico é recorrente no direito.

Um dos exemplos de tipos de argumento econômico em juízo é aquele conhecido como consequencialista, isto porque em alguns casos o juiz não pode desconsiderar as consequências práticas da sua decisão⁴. A ideia de um consequencialismo é recorrente no direito – para além da questão econômica – já que, por vezes, são tantas variáveis que podem ultrapassar o caso concreto decidido pelo juiz.

No âmbito do direito do consumidor, por exemplo, questiona-se que se um juiz condenar determinado fornecedor a pagar um alto valor de indenização

⁴ Deve-se destacar que o argumento consequencialista não é um tipo exclusivo do argumento econômico. Ao contrário, trata-se na verdade de um gênero que, na verdade, uma das espécies pode ser classificada como o argumento econômico. Basta lembrar que questões sociais e formulação de políticas públicas também clamam por uma análise consequencialista – o que implica na adoção de um método descritivo para a formulação do juízo. Nesse sentido, veja a consideração de Salama e Pargendler: “De fato, há hoje no Brasil uma multiplicidade de casos em que a Corte tece juízos sobre os prováveis efeitos concretos de diferentes normas para, então, concluir sobre a sua compatibilidade ou não com a ordem constitucional brasileira. Bem ilustram esse método as decisões do STF sobre (i) a inconstitucionalidade da Lei no 8.620/93, que responsabilizava o sócio de responsabilidade pelo inadimplemento de contribuições previdenciárias pela sociedade, por violação ao princípio da livre iniciativa; (ii) a constitucionalidade do dispositivo da lei de falências que impõe limites quantitativos à prioridade concedida às dívidas trabalhistas; (iii) a exigência constitucional de estender-se os efeitos jurídicos da união estável às uniões homoafetivas; (iv) a constitucionalidade da adoção de cotas raciais por universidades brasileiras; e até mesmo (v) a inconstitucionalidade da criminalização de aborto de feto anencéfalo. Cada um desses casos reflete seja a utilização efetiva, seja a potencial demanda por estudos que fundamentem ou neguem os substratos fáticos e os juízos de causalidade realizados pela Corte como fundamento à sua decisão nos casos concretos” (2013, p. 127)

à título de dano moral ao consumidor, poder-se-ia criar um estímulo ao desenvolvimento da indústria do dano moral? No âmbito das políticas públicas, se o juiz condenar o Poder Público a comprar uma quantidade considerável de remédios, estaria ele de alguma forma influenciando nas dotações orçamentárias? Mesmo no direito penal, ao dosar a pena considerando as circunstâncias judiciais, o juiz deveria considerar se a pena aplicada é suficiente para reprimir o delito diante da sociedade? Em todos esses casos, ao decidir o juiz é instado a considerar os efeitos de sua decisão sem saber com certeza o que acontecerá.

Nestes casos, quando as autoridades tomam decisões baseadas em “estados do mundo”, cuja ocorrência não é possível determinar com certeza, é impossível desvencilhar da ideia de ponderar as consequências envolvidas na decisão – trata-se de um desdobramento da corrente do realismo jurídico, que reconhece como relevante aquilo que realmente foi decidido.

Diante destas considerações é preciso recolocar melhor a questão acerca da relação entre direito e economia do ponto de vista da atividade jurisdicional. É importante saber quando e como o argumento econômico pode ser levado a sério para a tomada de decisão judicial.

A questão se refere à fundamentação das decisões judiciais a partir dos argumentos econômicos - e não propriamente das discussões metodológicas envolvidas. Em outras palavras, a exigência se refere à clareza e à coerência de como o juiz utiliza o argumento econômico na sua decisão, baseando-se em metodologias e pareceres de especialistas.

Para desenvolver a questão, este estudo analisa a utilização do argumento econômico presente na arguição de descumprimento de preceito

fundamental (ADPF) 165, ainda não julgada. O risco alegado pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) é o sistêmico, uma espécie de risco de conjuntura, que gera perdas em virtude de dificuldades financeiras de uma ou mais instituições, provocando danos substanciais a outras, simplesmente ocasionando a quebra do sistema financeiro.

Destaca-se que a preocupação desta pesquisa se insere dentro de uma perspectiva descritiva. Não se testa o próprio argumento econômico em jogo na ADPF, mas busca compreender a sua viabilidade na discussão da arguição. Afinal, seria possível confrontar a discussão referente ao direito adquirido dos poupadores por meio do argumento do risco sistêmico que decorre do pagamento a todos os detentores de cadernetas de poupança à época pelos planos Verão, Bresser, Collor I e Collor II? Qual a extensão deste tipo de argumento para o direito?

O artigo está dividido em quatro seções: a primeira corresponde a esta introdução, a segunda apresenta o histórico da ADPF 165, o argumento do risco sistêmico e a estratégia processual adotada na ADPF. A terceira seção, aborda a ideia do argumento consequencialista no direito e, sobretudo, apresenta uma tipologia deste argumento observado no Brasil, indicando o perigo que a descaracterização do consequencialismo significa para o direito e questionando se o argumento do risco sistêmico levantado na ADPF é de qual tipo de consequencialismo. Por fim, a quarta seção apresenta os resultados do estudo dos argumentos da ADPF.

2. HISTÓRICO E ESTRATÉGIA PROCESSUAL NA ADPF 165

2.1 O caso dos planos econômicos

No final dos anos oitenta o país atravessou uma fase de hiperinflação,

que trouxe enormes prejuízos. No plano monetário, a inflação marcou a desvalorização da moeda nacional, gerando um desequilíbrio no poder de compra.

Nesse cenário o Governo Federal estabeleceu, ao longo dos anos, por meio da correção monetária, baseado em índices refletores da inflação – indexação –, planos de estabilização econômica que promoviam a atualização periódica dos valores nominais definidos para obrigações e contratos.

Esses planos foram lançados por meio de decretos-lei e medidas provisórias, todos com força de lei, sendo que as instituições bancárias obrigatoriamente implementaram as medidas econômicas para controlar a inflação.

Na luta contra a inflação, os vários planos econômicos fixaram fórmulas que conciliavam as cláusulas contratuais e as normas da legislação anterior com a fase nova pretendida, com o objetivo de evitar a desvalorização da moeda. Em mais de cinco anos, cinco planos econômicos se sucederam no Brasil: Plano Cruzado, Plano Bresser, Plano Verão e Planos Collor I e II.

Em toda a sucessão dos planos econômicos, ocorreu uma variação correspondente dos indexadores e, com efeito, geraram prejuízos para os poupadores, que viram seus direitos contratuais serem descumpridos. Isto porque as instituições bancárias atualizaram, de maneira imediata, as poupanças por um índice de correção menor do que aquele praticado.

Na década de noventa muitos poupadores ingressaram com demandas judiciais –nas conhecidas ações dos planos econômicos –, fundamentando os seus pedidos no direito adquirido, contratualmente firmado com as instituições bancárias. O principal argumento é que as cadernetas de poupança com data

de aniversário anterior ao dia 15 de cada mês não poderiam ser atingidas de imediato pelos planos econômicos editados após iniciado um novo ciclo de trinta dias, sendo que as eventuais alterações só poderiam produzir efeitos no ciclo seguinte.

É neste contexto que milhões de poupadores aguardam a definição acerca da reposição dos valores correspondentes às diferenças de crédito – expurgos inflacionários da poupança – no Judiciário.

2.2 O argumento do risco sistêmico e a disputa de pareceres

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 165 foi distribuída em 05 de março de 2009 pela CONSIF – entidade sindical de grau superior, apta a ingressar com este tipo de demanda. A finalidade desta ADPF é a de resolver a controvérsia de natureza constitucional que tem se desenvolvido no que tange às regras de transição dos planos econômicos (Cruzado, Bresser, Verão, Color I e Color II) e declará-los constitucionais. A CONSIF alega que esta controvérsia pode gerar grave lesão aos artigos 5º, caput e inciso XXXVI; 21, VII e VIII, 22, VI, VII e XIX e 48, XIII e XIV da Constituição Federal⁵.

A CONSIF alega que são incabíveis as alegações de direito adquirido e da intangibilidade do ato jurídico perfeito por parte dos poupadores que

⁵ Os artigos 21, incisos VII e VIII e artigo 22, incisos VI, VII e XIX tratam da Competência da União no tange à emissão de moeda, administração de reservas cambiais e fiscalização de operações de natureza financeira, tais como as de crédito, câmbio, capitalização, seguros e previdência privada. Já o artigo 48, incisos XIII e XIV da Constituição Federal, versa sobre a competência do Congresso Nacional (desde que com a devida sanção do Presidente da República) para dispor sobre os assuntos de competência da União, que versem especialmente sobre: matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações e moeda, seus limites de emissão e o montante da dívida mobiliária federal.

ingressaram com os processos relacionados aos planos econômicos. O argumento principal da CONSIF contra o direito adquirido consiste no fato de que estes processos versam sobre normas que alteram a política monetária, devendo incidir imediatamente em razão do interesse público.

Após o pedido de liminar, a CONSIF indicou na petição inicial outro argumento com o intuito de “alertar” os ministros acerca do possível impacto das ações judiciais que versam sobre os planos econômicos no Judiciário e na economia.

Quanto ao impacto no Judiciário, é sustentado que à medida que se aproximam os prazos decadenciais, o número de ações propostas tende a crescer de modo significativo, fato que acabaria levando ao congestionamento do sistema Judiciário.

No que se refere à questão econômica, a CONSIF apresenta o argumento do risco econômico. Afirma que o impacto financeiro para os bancos é proveniente das ações individuais e que, a previsão de custos (caso o STF decida a favor dos poupadores) é da monta de mais de R\$ 180 bilhões de reais. Sendo que, deste montante, R\$ 35 bilhões seriam apenas da Caixa Econômica (banco público) o que obrigaria o Tesouro Nacional a capitalizar a instituição, já que este montante equivale a três vezes o valor de seu patrimônio líquido, gerando um alto custo fiscal para a União.

As entidades de defesa do consumidor, admitidas na lide como *amicus curiae*, alegaram que não existe controvérsia constitucional e nem correlação entre o pedido e a causa de pedir, pois, ainda que se declare a constitucionalidade de todos os planos econômicos, tal não significa inexistência de direito dos poupadores às diferenças dos valores da poupança.

Ponto reforçado pelas entidades e corroborado com o parecer da PGR é que não foi a alteração da moeda que provocou o impacto econômico nas instituições financeiras. A questão jurídica é sobre a correção monetária das cadernetas de poupança (e não sobre regime monetário). No limite, trata-se de uma discussão de direito contratual entre poupadores e instituições bancárias.

Quanto ao argumento do risco sistêmico sustentam que o mesmo carece de fundamento consistente já que as provisões são superdimensionadas pela CONSIF. Com base em outros estudos, as entidades argumentam que os lucros auferidos pelos bancos em razão do dinheiro não repassado aos poupadores, atingiria à época a monta de R\$200 bilhões de reais.

Em suma, é possível verificar um embate entre argumentos econômicos. A CONSIF enumera dados e descreve supostos valores a serem desembolsados pelos bancos, levantando a questão do impacto econômico que poderá ser causado caso o STF decida de forma favorável aos poupadores. Ao mesmo tempo, as entidades de defesa do consumidor apresentaram outros dados que sustentam a não ocorrência de nenhum tipo de risco ao sistema financeiro, acarretando numa disputa entre “pareceres de especialistas”.

A disputa coloca o STF numa sinuca de bico, já que com base no uso dos instrumentos previstos no artigo 6º, §1º, da Lei 9.882/99, deverá enfrentar o argumento econômico que, como visto, se sustenta para ambos os lados.

Tal questão parece assombrar o tribunal, visto que novamente adiou o julgamento para um novo reexame dos cálculos. – O resultado do último andamento do processo colocava que: “[o]s ministros consideraram

fundamental conhecer os valores envolvidos na ação e as suas eventuais repercussões financeiras”⁶

2.3 Estratégia Processual

Um aspecto interessante que deve ser destacado é a estratégia processual da CONSIF. Alegando que não seria possível promover uma ação direta de constitucionalidade (ADC) uma vez que as normas já teriam esgotado seus efeitos, argumenta e, portanto, não encontraria óbice na cláusula de subsidiariedade prevista no artigo 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99, sendo possível promover a ADPF⁷.

No entanto, deve-se destacar que alguns planos não foram completamente revogados pelo subsequente, o que quer dizer que mesmo considerando o raciocínio de que “não caberia ADC contra lei já revogada ou que tenha exaurido seus efeitos”, poderia ser cogitada a propositura da ADC já que algumas das normas ainda estão em vigor.

É possível questionar também se a ADPF se fundamenta numa controvérsia constitucional. Isto porque a proteção em questão é do indivíduo contra o Estado, vale dizer com base no artigo 5º, caput, inciso XXXVI (trata da proteção conferida ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e à coisa julgada) – o que por si só já desautoriza a propositura da ADPF, contrariando a função do instituto. Como sustenta o Procurador Geral da República em seu parecer:

⁶ BARROS, M. A. L. L.; RIZZARDI, M.; MACHADO, E. “Entendendo melhor as consequências”. In O Estado de São Paulo, 29 de maio de 2014.

⁷ O Plano Cruzado teria sido revogado pelo Plano Bresser que, por sua vez, foi revogado pelos Planos Collor I e II e, posteriormente, pelo Plano Real. Daí, portanto, que, não sendo cabível a ADI, a única forma de decidir a (in)constitucionalidade dos planos e, ao mesmo tempo, dar eficácia erga omnes, seria a ADPF.

“[a] ADPF ora proposta faz uso de um preceito fundamental subvertendo, por completo, o seu propósito e a sua própria configuração. Toma-o contra o indivíduo, para dizer que não há, em seu favor, direito adquirido ou ato jurídico perfeito”.

Por fim, não há qualquer argumentação no sentido de que os planos poderiam ser diferentes entre si, o que ensejaria o ingresso não de uma ADPF, mas sim de várias (uma para cada plano).

Em razão dos pontos apresentados é possível questionar se a estratégia delineada pela CONSIF, com o uso da ADPF, contribui em alguma medida para colocar todos os planos na mesma “tabula rasa”. De modo a prejudicar uma cognição detalhada para cada plano. Ora, caso seja acolhida a tese da ADPF, o tribunal poderá julgar todos os planos na mesma toada, superando os debates apresentados nos recursos extraordinários.

3. PARECER DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

O parecer da PGR entendeu que não foi a alteração da moeda que provocou o impacto econômico nas instituições. Destacando que a questão em tela é o direito adquirido dos poupadores à correção monetária das cadernetas de poupança. Concluindo pelo não acolhimento da ADPF ou, sucessivamente, pela sua improcedência.

Um dos pontos interessantes do parecer foi o enfrentamento da questão do argumento do risco sistêmico. Segundo o procurador, não há motivo para considerar o argumento econômico apresentado pela CONSIF haja

vista que se trata de uma matéria eminentemente de direito (norma de ordem pública e direito adquirido).

Três justificativas para afastar a ideia de risco sistêmico são apresentados pelo procurador.

Primeiro, é questionado se este é um argumento que deve ser considerado pelo STF. O procurador alega com base em teóricos do direito que não é o Judiciário a instituição adequada para deliberar sobre macroeconomia, que sequer possui condições institucionais, nesse campo, de aferir os efeitos sistêmicos – falta de estrutura institucional.

Segundo, ainda que leve-se adiante o argumento do risco sistêmico, chamando os melhores especialistas na matéria, novamente persistirá para o tribunal a tarefa de arbitrar juízos que decorrem de filiações variadas a tal ou qual teoria macroeconômica. Prevalecendo novamente a dificuldade em dominar o argumento econômico.

Por fim, mesmo admitindo o argumento econômico, o procurador apresentou um novo cálculo elaborado por peritos do Ministério Público Federal favorável aos poupadores. O parecer indica que em um cenário mais realista o risco provável dos bancos é da monta de R\$ 37,9 bilhões, sendo que, no período compreendido entre o Plano Bresser até setembro de 2008, os ganhos brutos dos bancos foram da ordem de R\$ 441,7 bilhões. Portanto, os resultados obtidos são mais do que satisfatórios em relação ao valor provisionado.

As considerações até o presente momento do processo indicam: (i) o STF está enfrentando o argumento econômico, embora restou evidenciado a dificuldade do tribunal em lidar com a disputa entre “pareceres de

especialistas”, sobretudo por causa da complexidade do instrumental da macroeconomia envolvida no caso; (ii) prevalece uma confusão em torno da definição da questão jurídica da ADPF, isto porque a matéria a ser decidida em nada implica com o exame do argumento do risco sistêmico, já que se trata de matéria exclusiva de direito (discussão de direito adquirido).

Diante deste cenário, questiona-se se o argumento do risco sistêmico levantado pela CONSIF é de fato do tipo consequencialista e, ainda, se realmente é viável uma ponderação entre os argumentos jurídicos e econômicos no caso em tela.

4. ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA E TIPOLOGIAS NO BRASIL

O consequencialismo jurídico pode ser compreendido como uma maneira da autoridade argumentar levando em conta uma condição futura. Esse tipo de argumentação pode ser identificado como um desdobramento do realismo jurídico – visão teórica que dominou o debate e influenciou o direito nos Estados Unidos na primeira metade do século XX –, isto porque o tipo de juízo em evidência é incerto e depende de uma probabilidade sobre os efeitos futuros que as decisões judiciais podem provocar. Neste modelo, o argumento consequencialista se refere à valorização de várias consequências possíveis de uma dada decisão.

A proliferação desse tipo de argumentação no direito está ligada com o aumento de normas finalísticas (ou principiológicas) no ordenamento, que dependem da promoção do “estado de coisas” determinado pela norma (ARGUELHES, 2005).

Trata-se de uma adequação entre meios e fins que exige um método descritivo (científico) para ponderação do juiz, “(...) para se analisar a pertinência entre meios jurídicos e fins normativos não basta interpretar a lei nem recorrer a intuições de justiça. É preciso, ao contrário, apelar a uma ferramenta descritiva do mundo”⁸⁹

O consequencialismo exige da autoridade: (i) especificar a consequência determinante associada à decisão (e justificar porque as demais alternativas, que também se relacionam com a decisão, não foram consideradas) e (ii) valorar (com base em critérios prévios) a consequência determinante para a tomada de decisão. A primeira etapa pode ser identificada como descritiva e a segunda como normativa. Segundo Luís Fernando Schuartz¹⁰ “(...) juízos consequencialistas exibem uma estrutura dual, com cada elemento que os compõe (i.e., o descritivo e o normativo) estando sujeito a diferentes condições de racionalidade que, em conjunto, definem os critérios de adequação do juízo como um todo”

Importante esclarecer que recorrer aos argumentos consequencialistas no direito depende, primeiro, de uma previsão legal – seja *lato senso*, como em textos legais que admitem uma maior integração da autoridade como as

⁸ Interessante argumento é apresentado por Salama e Pargendler que questionam o motivo que justifique o crescente interesse de profissionais e estudiosos do direito por trabalhos empíricos e interdisciplinares no Brasil. A hipótese testada pelos autores é que “(...) a paulatina adoção de novos métodos de pesquisa jurídica liga-se à transformação no modo de aplicação do direito. A utilização de argumentos consequencialistas em juízo, em particular, é hoje cada vez mais um aspecto necessário do percurso retórico para a interpretação e aplicação das normas jurídicas” (2013, p.99). Todavia, é possível questionar se esse aumento só tenha acontecido pela demanda e exigência da dogmática produzida no país. Talvez outros fatores como a consolidação e a valorização de uma disciplina como a sociologia jurídica nos últimos tempos tenha em alguma medida condicionado o surgimento de métodos descritivos para avaliação do direito. Ou, ainda, a própria transformação do direito no procedimento democrático.

⁹ 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.

¹⁰ SCHUARTZ, L.F. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In Macedo Junior, R.P. (org.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 20011, p. 115.

mencionadas normas finalísticas, ou *stricto sensu* com previsão expressa, por exemplo, os *guidelines* no caso do direito antitruste. Segundo, atinente à dimensão normativa (critérios), é imprescindível que a autoridade utilize metodologias suficientes para definir os critérios de adequação do juízo. Caso contrário, não se aplicando ambos requisitos, a estrutura dual/racionalidade do argumento consequencialista estará comprometida.

É possível perceber, por exemplo, que a argumentação consequencialista está próxima da discussão das eficiências econômicas no direito. Assim, considere D^1 e D^2 como duas alternativas de decisão que geram determinadas alocações econômicas, sendo D^1 mais eficiente e determinante do bem estar social que D^2 . Por meio de argumentos econômicos, a autoridade deverá admitir D^1 como parâmetro para decisão em razão da sua maior eficiência.

Percebe-se, assim, a dificuldade de operar com o argumento por meio das consequências já que exige da autoridade o domínio e a capacidade de utilizar as metodologias de análises para as avaliações das consequências. Há uma questão de habilidade em jogo, que permite a autoridade a transitar nestes espaços. Como é o caso da análise econômica do comportamento dos mercados, quando se exige familiaridade com a microeconomia, afinal para conseguir avaliar e decidir sobre os mercados é inevitável possuir o domínio da teoria do consumidor, da teoria dos custos de transação, entre outras.

Deve ser destacado que a possibilidade de argumentar por meio das consequências se ampliou demasiadamente no campo do direito – e não apenas de maneira restrita, como nos casos em que o legislador admitiu a

argumentação consequencialista – o que, por vezes, pode provocar uma descaracterização deste argumento.

Um dos principais motivos que coloca em risco essa ampliação como positiva a manutenção do *rule of law* decorre do déficit informacional envolvido na tomada de decisão – seja em razão da fraca capacidade institucional de coleta e ponderação de indícios e provas ou da complexidade do problema desafiado que escapa do conhecimento do juiz¹¹.

Nesses casos prevalece um grande risco de confusão do argumento consequencialista com situações extrajurídicas que não se relacionam diretamente com a argumentação ou o problema desafiado. Em verdade, trata-se de uma fuga já que como visto o consequencialismo jurídico exige um domínio do material jurídico pela autoridade judicial.

O que se revela aqui não é a discussão propriamente do argumento consequencialista, mas de uma etapa preliminar, da própria possibilidade de conhecimento e da condição de avaliação da autoridade sobre o argumento. Nesta situação de incerteza, existe um alto risco de sabotagem.

A realidade que sabota sistematicamente a implementação de um objetivo nominalmente previsto em uma norma geral sabota simultaneamente a implementação das decisões individuais que a invocam nominalmente enquanto fundamento para a solução de litígios particulares. A impotência da norma em face da realidade comunica-se às decisões que almejam aplicá-la, as quais serão ineficazes no sentido da concretização da norma e nos seus próprios termos, mas eficazes na produção de um estado de coisas não expressamente autorizado e eventualmente ilegítimo.¹² (SCHUARTZ, 2011, p.400)

¹¹ É sabido que muitos juízes não possuem formação em economia, ou sequer dominam a metodologia econômica – basta verificar que a disciplina econômica não é exigida nos editais de concurso para a carreira da magistratura. Mesmo assim já é considerável o número de juristas especializados na área econômica, como os profissionais do antitruste, ou do crescimento da análise econômica do direito, porém talvez não nos quadros públicos do país.

¹² SCHUARTZ, L.F. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In Macedo Junior, R.P. (org.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 400

A sabotagem se refere à decisão com base em critérios extrajurídicos. É evidente, por exemplo, que um tribunal não pode ser cobrado por aquilo que não possui competência de atender juridicamente, mas e quando acredita ter condições de atender? Não é à toa que os tribunais se tornaram um caminho tortuoso e cheio de riscos para os agentes econômicos discutirem seus problemas em detrimento das câmaras arbitrais ou dos processos administrativos, sobretudo porque as possibilidades de fuga das decisões judiciais são elevadas a pretexto de um consequencialismo “torto” que se concretiza no país.

Na parte final do artigo “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem” (2011) Schuartz apresenta uma tipologia valiosa acerca do fenômeno do consequencialismo jurídico no país, que permite compreender melhor os riscos envolvidos quando a confusão entre o argumento consequencialismo (legal) e o extrajurídico (não legal) acontece. O autor se refere a três tipos ideais de consequencialismo: festivo, militante e malandro.

O consequencialismo festivo é caracterizado como uma apropriação superficial e seletiva da literatura norte-americana de análise econômica do direito em detrimento da discussão dogmática, serve com uma mera importação elitista para uso ornamental. O consequencialismo militante se refere à ideia de “simpatia por uma determinada causa”, sem qualquer referencial teórico que habilite (em comparação com o festivo, que ainda recorre superficialmente a análise econômica do direito). O autor ilustra esse caso com o encantamento com a aplicação direta de princípios constitucionais em detrimento da produção da dogmática jurídica.

Não só florescem descontroladamente as decisões baseadas diretamente em princípios constitucionais e em atribuições opacas de pesos a valores e interesses supostamente em conflito. Além disso, não é visível uma reação proporcional dos juristas no sentido da contenção, pela dogmática jurídica, desse movimento expansionista (...) O juiz que faz uso do poder que lhe confere o direito para ponderar interesses na desde de uma determinada causa da qual se apresenta como simpatizante, desatento aos mecanismos de autocontrole que só a dogmática jurídica poderia disponibilizar, lança-se longe demais e põe seriamente em risco justamente o único valor que lhe cabia defender intransigentemente no Estado Democrático de Direito¹³.

O tipo ideal que mais chama atenção é o consequencialismo malandro.

Diz o autor que este tipo se pauta em “truques retóricos que não [são] tornados explícitos a algum dos participantes da situação de decisão” (2011, p.409). A estratégia argumentativa da malandragem se implementa por meio da dogmática a partir da destreza de alguns advogados que conseguem operar com fluidez a argumentação e possibilita uma reordenação intelectual quando consegue persuadir as autoridades para que a solução seja aquela desejada.

Não se trata aqui de oportunismo ou arbitrariedade, sequer acomodar posições tradicionais como os demais consequencialismos fazem. O consequencialismo malandro cria e redesenha a dogmática do país para colocar a seus serviços, quando o direito positivo não permite e, sobretudo, quando as discussões desafiadas encontram entraves institucionais do Judiciário. Como Schuartz¹⁴ se refere: o consequencialismo malandro funciona legalizando um estado de exceção à ordem estabelecida, seja para o bem e para o mal.

¹³ SCHUARTZ, L.F. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In Macedo Junior, R.P. (org.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 414.

¹⁴ SCHUARTZ, L.F. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In Macedo Junior, R.P. (org.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Resultado? Em primeiro lugar as tipologias em questão quebram com a ideia inicialmente apresentada do argumento consequencialista levado a sério – não seguem a estrutura dual – visto que rompem com as exigências de utilização criteriosa de metodologia, em situações previstas em lei (*lato* ou *stricto sensu*). No limite, funcionam graças a certo “esgarçamento” da dogmática jurídica brasileira.

Segundo, o risco efetivo que tais consequencialismos geram são enormes, desde o aumento da desconfiança da jurisdição perante os litigantes, sobretudo em razão do comprometimento da imparcialidade e da indelegabilidade, até o questionamento da produção de segurança jurídica.

Terceiro, em todos os tipos, prevalece uma fraca prestação de contas da autoridade. É dizer, sem metodologias claras, o consequencialismo pode se transformar em uma aplicação contingente de normas, conforme o capricho da autoridade.

O argumento do risco sistêmico, apresentado pela CONSIF, na ADPF 165, encontraria algum respaldo na tipologia apresentada por Schuartz?

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: ponderação dos argumentos e as exigências de um consequencialismo forte

A ideia do risco sistêmico apresentado na ADPF é uma incerteza economicamente mensurável, baseada em uma avaliação mais ou menos robusta acerca de uma probabilidade determinada a partir da decisão favorável do STF aos poupadores. O que se sabem são projeções de diferentes cenários, uns prós e outros contra a quebra do sistema financeiro do país.

Diante desta questão o artigo questiona se este argumento possui consistência ou não diante da questão principal da APDF. Essa indagação se refere à acerca da possibilidade de utilizá-lo para argumentar em face do direito adquirido assegurado em contrato aos poupadores – deve-se lembrar aqui que o contrato justamente cumpre uma função econômica de reduzir e distribuir os riscos entre as partes. Ora, seria um contrassenso ignorar a distribuição estabelecida no contrato.

Independentemente da decisão final do STF, afinal nenhum voto ainda foi proferido, fato é que as autoridades estão diante de um típico exercício de ponderação entre argumentos de distintas ordens, a saber, o direito adquirido (jurídico) vis-à-vis o risco sistêmico (econômico).

Neste caso, talvez seja prudente retomar uma passagem anterior e destacar que apesar de prevalecer espaço para o argumento econômico no direito – como já visto argumentar com base nas consequências pode ser uma maneira específica de aplicar e concretizar normas jurídicas –, não é possível se iludir com o fato de que para o direito argumentos não jurídicos devem possuir um peso relativo menor na justificação de decisões diante de argumentos jurídicos.

Isto se explica em grande medida porque a função primária do juiz é com o direito e com a questão da justiça – referindo-se às normas estabelecidas no ordenamento jurídico, e não essencialmente com a estabilidade econômica – não pertencente diretamente ao ordenamento. Não é possível confundir as esferas de atribuições e atuações das autoridades, caso contrário a chance de arbitrariedade é grande.

Como visto, são muitas as exigências para recorrer a um argumento consequencialista no direito. Inclusive, é possível admitir um sentido forte de consequencialismo quando dadas duas possibilidades de decisão, uma delas contribuirá mais do que a outra para a efetivação do “estado de coisas” autorizados pela norma jurídica. No sentido forte do termo, a atenção deve acontecer com a utilização da metodologia correta para estabelecer os critérios objetivos para as projeções – é por isso que o argumento consequencialista é um argumento técnico, depende do parecer do especialista, pois, caso contrário, a chance do subjetivismo é elevada.

Todavia, esta não parece ser a questão do caso em tela. Não há “estados de coisas” na discussão dos planos econômicos. Sequer há princípios ou normas finalísticas envolvidas. Há segurança jurídica, o reconhecimento da estabilidade das relações entre os poupadores e as instituições bancárias – questão eminentemente jurídica.

A avaliação aqui não deve ser no sentido de ponderar entre o nível de promoção produzido pela decisão e o direito – mesmo porque não há um consenso entre os especialistas acerca dos efeitos da decisão favorável ou não aos poupadores.

Por tais circunstâncias é possível afirmar que padece um risco de certo consequencialismo malandro na ADPF, segundo da tipologia de Schuartz. Nesse sentido é revelador perceber a desconfiança apresentada no parecer do PGR ao questionar a participação do Banco Central como *amicus curiae* no processo:

Talvez exatamente por isso é que o Banco Central tenha postulado ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*, para reforçar o argumento econômico, de

que as ações relativas aos planos econômicos (leia-se “cadernetas de poupança”) têm um custo potencial de mais de R\$ 180 milhões.

Pergunta-se: este é um argumento a ser considerado por essa Corte Constitucional?

Como conclusão é importante ressaltar alguns pontos alcançados com o estudo. Em primeiro lugar destacou-se que o direito comporta o argumento econômico em certas discussões, seja por opção do legislador, ou em razão da argumentação econômica em juízo. Todavia, pouco se questiona de que modo e como os argumentos econômicos estão sendo enfrentados pelos juízes brasileiros.

Segundo, considerando os argumentos econômicos, destacou-se o argumento do tipo consequencialista, que se caracteriza pelo fato de argumentar levando em conta uma condição futura. Indicou-se as exigências de recorrer a este tipo de argumento, sobretudo em razão da sua estrutura dual e da necessidade de um forte embasamento técnico. Em tempo, foi possível indicar que este tipo de argumentação também está relacionado com normas finalísticas (ou principiológicas), que dependem da promoção do “estado de coisas” determinado pela norma.

A não observação destas exigências implica em uma possível desvirtuação do argumento consequencialista (legal) para um argumento extrajurídico (não legal) e, nesse sentido, foi possível indicar a tipologia dos argumentos no Brasil, segundo o trabalho de Luís Fernando Schuartz.

Diante dessas constatações, o estudo abordou de maneira descritiva os argumentos em jogo na ADPF 165, ainda não decidida pelo STF. O principal interesse era compreender o argumento do risco sistêmico e foi possível constatar que: (i) o STF está enfrentando o argumento econômico, embora restou evidenciado a dificuldade do tribunal em lidar com a disputa entre

“pareceres de especialistas”; (ii) prevalece uma confusão em torno da definição da questão jurídica principal da ADPF, isto porque a matéria a ser decidida em nada implica a necessidade do exame do argumento do risco sistêmico, já que se trata de matéria exclusiva de direito (discussão de direito adquirido). Tais fatos indicam que padece um risco de certo consequencialismo malandro na ADPF, caso o argumento do risco sistêmico seja levado adiante pelo tribunal.

6. REFERÊNCIAS

ARGUELHES, D. W. “Argumentação Consequencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização”. In: **Anais do XIV Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005. Disponível em: www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Diego%20Werneck%20Arguelhes.pdf

BARROS, M. A. L. L.; RIZZARDI, M.; MACHADO, E. “Entendendo melhor as consequências”. In **O Estado de São Paulo**, 29 de maio de 2014.

POSNER, R. “The Law and Economics Movement”, In **The American Economic Review Vol. 77, No. 2**, Papers and Proceedings of the Ninety-Ninth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 1987), pp. 1-13 Published by: American Economic Association - Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1805421>

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.

SALAMA, B. M. “O que é Pesquisa em Direito e Economia?” **Caderno Direito GV**, Número 22. mar/2008. Disponível em <http://www.direitogv.com.br/interna.aspx?PagId=HTKCNKWI&IDCategory=4&IDSubCategory=139>

SCHUARTZ, L.F. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In Macedo Junior, R.P. (org.) **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 383- 418.