

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ARGUMENTAÇÃO CONSEQUENCIALISTA¹

THE BRAZILIAN SUPREME COURT AND THE CONSEQUENCIALIST ARGUMENTATION

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros²
Maíra Martinelli Rizzardi³

Sumário: Introdução. 1 O argumento consequencialista e sua aplicação no direito brasileiro. 2 As exigências de um consequencialismo forte nos tribunais. 3 Análises de casos no STF acerca do argumento consequencialista. 3.1 Planos econômicos (ADPF 165). 3.2 Contratações temporárias nos estados da Federação (ADI's 3.237, 3.649 e 3.420). 3.3 Condições da ação e acesso à justiça para a concessão de benefício previdenciário (RE 631.240). Considerações finais. Referências.

Resumo: O direito brasileiro comporta o argumento consequencialista em várias discussões, inclusive por opção do legislador, sendo possível observar a utilização desses argumentos em juízo. Todavia, pouco se questiona de que modo e como os argumentos consequencialistas estão sendo enfrentados pelos juízes. O artigo propõe contribuir para o debate apresentando um estudo a partir da seleção de alguns casos recentes no STF (ADPF 165, ADI's 3.237, 3.649 e 3.430 e RE 631.240), onde o tribunal aplicou a argumentação consequencialista para decidir. A análise está focada na consistência da argumentação utilizada pelos ministros. Em que pese constatar que o STF está cada vez mais se preocupando com as consequências de suas decisões, a conclusão aponta para as deficiências e as dificuldades encontradas na utilização de argumentos consequencialistas em juízo.

Palavras-chave: Consequencialismo. Supremo Tribunal Federal (STF). Argumentação. Decisão.

Abstract: Brazilian law includes the consequentialist argumentation in several discussions; especially when it is the option established by the legislator, or by the prevailing argumentation in judicial courts. However, there is not enough study about how Brazilians courts deal with the consequentialist argumentation. This article aims to contribute to the debate by presenting a study of consequentialist argumentation in some recent cases (ADPF 165, ADI's 3.237, 3.649, 3.430, and RE 631.240) of the Brazilian Supreme Court (STF). The approach focus on the examination of the arguments used by the justices. Despite the fact that, today, STF is worried with the consequences of its decisions, the conclusion points out to an alert

¹ Agradecemos os comentários de todos os pesquisadores do Núcleo de Justiça e Constituição da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, de São Paulo, em especial o colega Fernando Faina.

² Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP). Pesquisador. Advogado.

³ Mestranda em Direito e Desenvolvimento pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP). Pesquisadora.

about the difficulties of the consequentialist argumentation in Brazilian law.

Keywords: Consequentialism. Brazilian Supreme Court (STF). Argumentation. Decision.

Introdução

É inquestionável que o direito brasileiro comporta o argumento consequencialista em várias discussões, o que justifica o seu crescente uso nos tribunais.⁴ O desenvolvimento e a consolidação de certas áreas e temas no direito, fortemente influenciadas pelas análises consequencialistas – tais como antitruste, questões financeiras, regulatórias e controle de políticas públicas –, também são fortes indícios que essa argumentação chegou de vez no país.

Argumentos consequencialistas são próprios de áreas teleológicas (ou finalísticas), que se preocupam *em tese* com o implemento de objetivos – como observados em programas econômicos e políticos. Caracterizam-se pelo fato de levar em consideração a projeção das possíveis consequências decorrentes da decisão, baseando-se, para tanto, em juízos probabilísticos ou em dados empírico-científicos. Nesse sentido, a melhor decisão consequencialista é aquela que atende o implemento do objetivo, elegendo como critério de decisão um (ou mais) efeito desejável e justificável (i.e. eficiência econômica, promoção social e função de utilidade).

No caso do direito, a relação entre tomada de decisão e avaliação das consequências é tormentosa, sobretudo em razão da dificuldade de o juiz formular previsões acerca dos efeitos que repercutirão da sua decisão. Isto porque o direito opera via de regra *ex-post facto* – lida com problemas e frustrações já ocorridos⁵ –, excepcionalmente trabalha *ex-ante*. O que se revela aqui é a dificuldade da operação da argumentação consequencialista em juízo, que se baseia em prognósticos.⁶

Ao mesmo tempo, considerando a constatação acerca da ampliação dessa argumentação em juízo, é possível questionar se os tribunais *de fato* estão cada vez mais preocupados com as consequências de suas decisões. A questão se refere ao modo e como os argumentos consequencialistas estão sendo enfrentados pelos

⁴ Poucas pesquisas empíricas desenvolvem esse tema, mas uma importante contribuição que aponta para este diagnóstico é SALAMA; PARGENDLER, 2014.

⁵ Lembrando que a operação *ex-post* é necessariamente condicional, vale dizer, dada a situação, aplica-se a condição determinada previamente no texto legal para se saber é lícito ou ilícito.

⁶ Basta admitir como exemplo a complexa articulação e ponderação entre argumentos jurídicos e econômicos. Considerando que muitos juízes não dominam a metodologia econômica, a compreensão e a avaliação dos argumentos econômicos se tornam uma tarefa complicada 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, por vezes desconhecidas na área do direito. É possível lembrar da constatação de Posner (1987, p. 04), que diz: “(...) 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”.

juízes. Em outras palavras, como o juiz utiliza o argumento consequencialista na sua decisão?

Para desenvolver a questão o estudo analisará a utilização do argumento consequencialista no STF em alguns casos recentes: ADPF 165, ainda não julgada; ADI's 3.237, 3.649 e 3.430 e no RE 631.240. Destaca-se que o texto não testa propriamente o argumento consequencialista, mas busca compreender a sua aplicação na argumentação e na tomada de decisão pelo tribunal.

O artigo está dividido em cinco seções: a primeira corresponde a esta introdução, a segunda apresenta o argumento consequencialista e sua aplicação no direito brasileiro. A terceira seção aborda o tema sobre a dificuldade de aplicação desse tipo de argumento no direito e apresenta uma tipologia deste argumento no Brasil, indicando o perigo da descaracterização do consequencialismo. Na quarta seção são apresentados os estudos dos julgados do STF, identificando como o argumento consequencialista é utilizado pelos ministros. Por fim, os resultados são retomados nas considerações finais.

1 O argumento consequencialista e sua aplicação no direito brasileiro

O consequencialismo jurídico pode ser compreendido como uma maneira de argumentar levando em conta uma situação futura. Esse tipo de argumentação pode ser identificado como um desdobramento, por exemplo, do realismo jurídico norte-americano – visão teórica que dominou o debate e influenciou o direito na primeira metade do século XX, com posteriores desdobramentos em diferentes correntes, como a análise econômica do direito e o *critical legal studies* –, 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 programáticas) no ordenamento, que dependem da promoção do objetivo determinado pela norma (ARGUELHES, 2005). É por isso que é possível observar diferentes tipos de argumentações consequencialistas, seja pautado em questões econômico-financeiras, políticas ou sociais.

O que este tipo de argumentação evidencia é uma adequação entre meios e fins que exige um método descritivo (científico) para ponderação do juiz, afinal “(...) 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”⁷ (SALAMA; PARGENDLER, 2013, p.114).

⁷ 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

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, a segunda como normativa, ou seja, esses argumentos exibem uma estrutura dual, admitindo diferentes condições de racionalidade que, em conjunto, definem os critérios de adequação do juízo como um todo (SCHUARTZ, 2011, p. 387).

Importante esclarecer que recorrer aos argumentos consequencialistas no direito dependem, primeiro, de uma previsão legal – seja *lato sensu*, como em textos legais que admitem uma maior integração da autoridade, como as mencionadas normas finalísticas, ou *stricto sensu* com previsão expressa, por exemplo, os *guidelines* no caso do direito antitruste. Segundo, atinente à dimensão normativa, é imprescindível que a autoridade utilize metodologias suficientes para definir os critérios de adequação do juízo. Caso contrário, não se aplicando ambos os requisitos, a estrutura dual/racionalidade do argumento consequencialista estará comprometida.

Como já mencionado, a possibilidade de argumentar por meio das consequências se ampliou demasiadamente no campo do direito (SALAMA; PARGENDLER, 2014) – e não apenas de maneira restrita, como nos casos em que o legislador admitiu expressamente a argumentação consequencialista, mas também em relação ao debate judicial, já que temas complexos exigem avaliações consequencialistas.⁸ Basta pensar na necessidade do direito de prever o futuro em questões econômicas ou políticas, há um significativo aumento de complexidade com a qual o direito deve lidar argumentativamente.

Nesse mesmo sentido, vale destacar a pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em 2005, que questionou se os magistrados preocupavam-se com as consequências das suas decisões. A principal conclusão do relatório foi: “[chamados a decidir sobre questões que têm reflexos diretos sobre a economia e o desenvolvimento social do país, os juízes brasileiros (...) baseiam-se

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.

⁸ É possível perceber, por exemplo, que a argumentação consequencialista está próxima com a discussão das eficiências econômicas no direito. Assim, considere D¹ e D² como duas alternativas de decisão que geram determinadas alocações econômicas, sendo que D¹ seja mais eficiente e gere maximização do bem-estar social que D². Por meio de argumentos econômicos, a autoridade deverá admitir D¹ 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 que a autoridade transite 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, dentre tantas outras.

preponderantemente na lei, sem ignorar as consequências econômicas e sociais de suas sentenças” (Relatório disponível em <http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/PesquisaAMB2005.pdf>, acesso em 30.09.2014).

Fato é que no direito brasileiro, o crescimento da aplicação do argumento consequencialista coincidiu com o processo de modernização seletiva⁹ no país – sobretudo no direito – e, nesse sentido, destacamos a seguir alguns motivos que apontam para o aumento do argumento consequencialista nos tribunais:

1. *Constituição Federal de 1988 e o aumento de legislações progressistas.* A Constituição Federal de 1988 é um marco temporal de transição entre o antigo regime para um Estado Democrático, após 25 anos de regime de ditadura militar. Nesse momento de abertura do país, a Constituição de 1988 estabeleceu um Estado regulatório capaz de aperfeiçoar a sociedade democrática – caracterizando o traço progressista do direito brasileiro moderno (PARGENDLER; SALAMA, 2013). Fato é que ao longo das últimas décadas a quantidade de legislações progressistas, entendidas como leis que buscam objetivos concretos estabelecidos na Constituição de 1988, aumentaram no país. Ao mesmo tempo, observou-se o desenvolvimento das técnicas e da capacidade de organização institucional para a sua consecução, dentre as quais se destaca a aplicação de argumentos consequencialistas para analisar a pertinência entre meios jurídicos e fins normativos.
2. *Constituição Federal de 1988 e a luta por justificação.* Novamente, a Constituição de 1988 também é o marco para a judicialização das demandas sociais. Segundo José Rodrigo Rodriguez (2013), o momento é caracterizado por uma luta por justificação, isto é, por uma pressão crescente por mais transparência no processo de tomada de decisão. Nesse contexto, o argumento consequencialista se apresenta também como mecanismo para as justificações das decisões dos tribunais com base em dados empíricos, próximos aos fatos sociais.
3. *Interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais.* A possibilidade de recorrer ao argumento consequencialista também está relacionada ao assunto da interpretação e da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais, que, supostamente, possuem um alto grau de abertura e vagueza semântica, dependendo da construção da autoridade para apresentar a solução adequada ao caso concreto. São normas inacabadas presentes em leis progressistas, que dependem da aplicação do intérprete para conseguir uma completa significação.
4. *Desnaturalização da ideia da separação dos poderes.* Após a Constituição de 1988, o Poder Judiciário assumiu um maior destaque, decidindo os grandes

⁹ A ideia de modernização seletiva está presente nos trabalhos de Jessé de Souza (2000) e aplicado para o contexto do direito brasileiro por Orlando Villas Bôas Filho (2009). Diz o último autor: “(...) a modernidade brasileira, ainda que caracterizada como periférica, não pode ser descrita como inexistente ou como negativa, pois isso implicaria valorá-la a partir de um arquétipo ideal e normativo que, acima de tudo, não existe, uma vez que, tal como ressalta Jessé Souza, a modernização é um processo seletivo e, portanto, parcial, o que faz com que nenhum processo completo de sua realização esgote todas as suas virtualidades a ponto de ser tomado como padrão normativo” (2009, p. 295).

conflitos institucionais e políticos, desempenhando um papel relevante no delineamento das políticas públicas no Brasil e contribuindo para a criação de incentivos e desincentivos para toda sorte de atividade. Segue-se, aqui, o entendimento de Marcos Nobre e José Rodrigo Rodriguez (2013), no sentido de que não é possível compreender este fenômeno a partir de uma concepção tradicional, que sustenta a ideia de “ativismo judicial” ou “judicialização da política”, as quais, no limite, são faces da mesma moeda. Para os autores “(...) essa concepção [tradicional] congela o direito e seu código de tal maneira que a própria possibilidade de pensar a regulação jurídica de conflitos sob novas formas sociais, legais e institucionais desaparece do horizonte dos atores” (2013, p. 196). Trata-se, antes, da desnaturalização da ideia clássica da separação dos poderes e da observação do desenvolvimento das instituições democráticas sem enquadrá-las *a priori* num modelo normativo fechado.¹⁰

Em suma, esses fatores esclarecem, brevemente, os motivos de uma possível ampliação do uso do argumento consequencialista no direito brasileiro.

2 As exigências de um consequencialismo forte nos tribunais

Em razão da ampliação da possibilidade de se argumentar por meio das consequências é possível observar em alguns casos uma descaracterização do argumento consequencialista no direito. Sustenta-se aqui a necessidade de se levar a sério a argumentação consequencialista nos tribunais brasileiros – como num sentido forte de consequencialismo –, estabelecendo critérios rigorosos para sua aplicação, sob o risco de não o fazendo, provocar inconsistências na argumentação.

Um dos principais motivos que coloca em risco essa ampliação decorre do déficit informacional envolvido na tomada de decisão – seja em razão da fraca capacidade dos tribunais de coleta de informações, de indícios e de provas ou da complexidade do problema desafiado que escapa do conhecimento do juiz, mesmo com o auxílio dos peritos.¹¹

¹⁰ Vale destacar a posição dos autores: “No Brasil, o momento é de redesenho das instituições em todos os níveis, desde a abertura do Executivo para a participação popular direta por meio de conselhos variados, conferências nacionais e agências reguladoras, até a mudança de função do Poder Judiciário, cada vez mais ativo na arena política pela escolha entre as várias alternativas técnico-jurídicas definidas em função do material normativo e do contexto de cada decisão. Nesse contexto, definir *a priori* a dinâmica institucional em termos normativos a partir de uma concepção modelar da separação de poderes antes bloqueia a compreensão e mesmo a possibilidade de que a sociedade se aproprie de instituições em construção e mutação” (2013, p. 186).

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. No caso dos peritos, fato é que nem sempre há consensos sobre previsões, basta verificar o estudo dos planos econômicos (ADPF 165), onde fica claro a disputa entre pareceres.

Nesses casos prevalece um grande risco de confusão do argumento consequencialista com situações extrajurídicas, pois tais situações não se relacionam diretamente com a argumentação ou com o problema desafiado. Em verdade, trata-se de uma fuga já que como visto o consequencialismo forte exige um domínio do material e de metodologias específicas pelo juiz.

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 do tribunal sobre o argumento. Nesta situação de incerteza, existe um alto risco de sabotagem na argumentação.¹² A sabotagem se refere à decisão com base em critérios extrajurídicos. É evidente, por exemplo, que um juiz não pode deixar de não decidir, em atenção ao princípio do *non liquet*, mas o que acontece quando o tribunal é desafiado a decidir sobre determinado litígio quando de fato não tem capacidade estrutural e cognitiva?

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. É nesse sentido, por exemplo, que na parte final do artigo “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem” (2011), Luiz Fernando Schuartz apresenta uma tipologia valiosa acerca do fenômeno do consequencialismo jurídico no país, que nos permite compreender melhor os riscos envolvidos quando acontece uma confusão entre o argumento consequencialista (legal) e o extrajurídico (não legal).

O autor se refere a três tipos ideais de consequencialismo: festivo, militante e malandro.¹³ O tipo que mais chama atenção é o *consequencialismo malandro*. Diz

¹² Sobre o assunto: 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 (SCHUARTZ, 2011, p. 400).

¹³ 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” (SCHUARTZ, 2011, p. 412), sem qualquer referencial teórico que o habilite (em comparação com o festivo, que ainda recorre superficialmente a análise econômica do direito). O autor ilustra esse caso demonstrando 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 defesa 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 Direito”. (SCHUARTZ, 2011, p. 413-414).

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 e a partir da destreza de alguns advogados que conseguem operar com fluidez a argumentação, possibilitando 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 Schuartz se refere: o consequencialismo malandro funciona legalizando um estado de exceção à ordem estabelecida, seja para o bem e para o mal (2011, p. 415).

As tipologias de Schuartz contrariam a ideia inicialmente apresentada do argumento consequencialista forte – não seguem a estrutura dual – visto que rompem com as exigências de utilização criteriosa de metodologia, em situações previstas em lei. No limite, funcionam graças a certo esgarçamento da dogmática jurídica brasileira.

Como já visto, argumentar com base nas consequências pode ser uma maneira específica de aplicar e concretizar normas jurídicas, questão é saber como isto ocorre. O risco efetivo que tais consequencialismos distorcidos geram são enormes, desde o aumento da desconfiança da jurisdição perante os jurisdicionados, sobretudo em razão do comprometimento da imparcialidade e da indelegabilidade, até o questionamento da produção de segurança jurídica no país.

O que se observa é uma fraca prestação de contas dos tribunais no sentido de justificação das decisões, empregando uma argumentação inconsistente. É dizer, sem metodologias claras, os consequencialismos podem se transformar numa aplicação contingente de normas, conforme o capricho da autoridade.

São muitas as exigências para recorrer a um argumento consequencialista no direito. Importante é admitir o sentido forte de consequencialismo que se refere à utilização da metodologia correta para estabelecer os critérios objetivos para as previsões, bem como por meio das justificativas das decisões. É por isso que o argumento consequencialista é um argumento técnico e de difícil aplicação pelo Judiciário.

3 Análises de casos no STF acerca do argumento consequencialista

A seleção de alguns casos recentes enfrentados pelo STF é representativa da dificuldade da aplicação do argumento consequencialista, ainda que a possibilidade da crítica seja limitada em razão da pequena amostra.

O objetivo deste trabalho é, com base em casos exemplificativos, investigar se de fato o STF se preocupa com as consequências de suas decisões e, nesse sentido, importante saber como o juiz utiliza o argumento consequencialista na sua decisão, baseando-se em metodologias, dados probabilísticos e pareceres de especialistas.

Os casos selecionados para este fim são: planos econômicos – ADPF 165; contratações temporárias nos Estados da Federação – ADI's 3.237, 3.649 e 3.430; e RE 631.240. Trata-se de casos recentes, nos quais o STF enfrentou argumentos consequencialistas, seja numa perspectiva econômica-orçamentária ou numa perspectiva político-social. A seleção dos casos aconteceu em razão dos temas e da representatividade dos processos em razão do número de ações sobrestadas.

Escolhemos a ADPF 165, pois, embora o processo ainda não tenha sido julgado, trata-se de um tema com repercussão geral, ou seja, que possui uma grande relevância social; além disso estima-se a existência de 400 mil processos com tramitação suspensa, à espera da decisão do STF.¹⁴ Quanto às ADI's 3.237, 3.649 e 3.430, em consulta ao site do TRF constam 8 ADI's que versam sobre o mesmo tema, ou seja, sobre a constitucionalidade ou não das contratações temporárias. Já a escolha do RE 631.640, foi feita em virtude de este processo tratar de matéria relevante, ter repercussão geral, e pelo fato de o INSS ser um dos maiores litigantes da Justiça Federal: o INSS responde por mais de 40% do total de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Federal, sendo que 81% destes processos referem-se ao polo passivo.¹⁵ Ademais, o número de ações na Justiça que versam sobre o mesmo tema, sobrestadas em virtude do RE 631.240 é grande: são aproximadamente oito mil processos.¹⁶

A análise apenas considerará o julgamento dos feitos pelo colegiado do STF. Isto é, será analisada apenas a maneira pela qual os ministros votaram nos casos. Não será posta em questão a qualidade das decisões e/ou dos votos – o que seria necessário recorrer a uma análise criteriosa de mérito, com o fim de analisar juridicamente os votos de cada juiz.

3.1 Planos econômicos (ADPF 165)

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

¹⁴ Informação disponível em: < <http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/05/stj-decide-favor-de-poupadores-sobre-juros-de-planos-economicos.html>>, acessado em 24 de dezembro de 2014.

¹⁵ Pesquisa CNJ: 100 maiores Litigantes, disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>, acessado em 24 de dezembro de 2014.

¹⁶ Página 43 do acórdão do RE 631.640, disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>>, acessado em 24 de dezembro de 2014.

da correção monetária, baseados 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 15º dia 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.

A ADPF nº 165 foi distribuída em 05 de março de 2009 pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) com a finalidade de resolver uma possível controvérsia de natureza constitucional que se tem desenvolvido no que tange às regras de transição dos planos econômicos (Cruzado, Bresser, Verão, Color I e Color II) e declará-los constitucionais.¹⁷ 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 Federal.¹⁸

¹⁷ Um tema interessante, mas não abordado no artigo, diz respeito à estratégia processual da CONSIF. 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 “tábula 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.

¹⁸ Os artigos 21, incisos VII e VIII e artigo 22, incisos VI, VII e XIX tratam da Competência da União no que tange à emissão de moeda, à 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

A CONSIF afirma que são incabíveis as alegações de direito adquirido e da intangibilidade do ato jurídico perfeito por parte dos poupadores que 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 outros argumentos 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. O órgão 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 – gira em torno de aproximadamente R\$ 180 bilhões de reais. A CONSIF argumenta que, deste montante, R\$ 35 bilhões seriam apenas referentes aos custos da Caixa Econômica Federal – 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.

Já 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 da ADPF, pois, ainda que se declare a constitucionalidade de todos os planos econômicos, tal fato não significaria a inexistência do direito dos poupadores às diferenças dos valores da poupança.

Outro ponto reforçado pelas entidades e corroborado com o parecer da Procuradoria Geral da República (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, as entidades sustentam que o mesmo carece de fundamentos consistentes, já que as provisões são *superdimensionadas* pela CONSIF. Com base em outros estudos, estas entidades argumentam que os lucros auferidos pelos bancos em razão do dinheiro não repassado aos poupadores, atingiria à época o montante de R\$200 bilhões de reais.

Em suma, é possível verificar um embate entre argumentos econômicos. A

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.

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”.

Apesar de ainda não ter decidido, a disputa em tela é representativa da dificuldade do nosso problema, pois coloca o STF em uma situação um tanto incômoda, 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, pode ser sustentado por ambos os lados – poupadores (entidades de defesa do consumidor) e CONSIF (bancos).

Tal questão parece assombrar o tribunal, que por várias vezes adiou o julgamento da ADPF 165 para um reexame dos cálculos – esse foi o resultado do último andamento do processo já que os ministros consideraram fundamental conhecer os valores envolvidos na ação e as suas eventuais repercussões financeiras.

O último parecer apresentado pela PGR entendeu que não foi a alteração da moeda que provocou o impacto econômico nas instituições, destacando que a questão em tela versa sobre o direito adquirido dos poupadores à correção monetária das cadernetas de poupança. 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 apresentadas pelo procurador:

- Questiona-se se este é um argumento que deve ser considerado pelo STF. Alega-se com base em teóricos do direito que o Judiciário não é a instituição adequada para deliberar sobre macroeconomia, sendo que sequer possui condições institucionais, nesse campo, de aferir os efeitos sistêmicos – falta de estrutura institucional.
- Ainda que se leve adiante o argumento do risco sistêmico, chamando os melhores especialistas na matéria, 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 num cenário mais realista o risco provável dos bancos gira em torno 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.

Em 21/07/2014 a PGR apresentou um novo cálculo com o valor de R\$ 21,87 bilhões provisionados pelos bancos. O montante representa uma queda nominal de 95% ante o parecer, mesmo assim o valor é suficiente para absorver o impacto da possível vitória dos poupadores.

As considerações até o presente momento do processo indicam: (i) o STF está enfrentando o argumento econômico, embora restou evidenciada a dificuldade do tribunal em lidar com a disputa entre “pareceres de especialistas”, sobretudo por causa da complexidade do instrumental da macroeconomia envolvido 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 a necessidade com o exame do argumento do risco sistêmico, já que se trata de matéria exclusiva de direito (discussão de direito adquirido).

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. 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. Resta saber quando o STF decidirá a ADPF 165.

3.2 Contratações temporárias nos estados da federação (ADI's 3.237, 3.649 e 3.420)

O recorrente tema das contratações temporárias nos Estados da Federação no STF também encontra respaldo na argumentação consequencialista. Recentemente, nas ADI's 3.237, 3.649 e 3.430, o STF se manifestou sobre a inconstitucionalidade de algumas leis estaduais e federais que ofenderam o artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal.

Deve-se lembrar que a contratação temporária de servidores sem concurso público é exceção na Administração Pública, sendo imprescindível possuir previsão legal por parte do ente federativo. Além disso, para que se efetue a contratação temporária é necessário que seja estipulado o prazo de contratação em lei, bem como que o serviço a ser prestado revista-se do caráter da temporariedade e de excepcionalidade.

Nos três casos, tratava-se de leis que não especificavam de modo suficiente as hipóteses emergenciais que justificariam medidas de contratação excepcional, infringindo a norma constitucional. A ausência de definição em lei das hipóteses de contratação temporária acabaria transferindo inconstitucionalmente essa incumbência ao chefe do Poder Executivo. Aliás, segundo o voto do ministro Joaquim Barbosa, na ADI 3.649, este poderia ser um indicativo da precarização na prestação de alguns tipos de serviços básicos no país, como educação e saúde pública, e da falta de prioridade, pelos governos, nessas áreas, possibilitando

contratações de natureza política em detrimento da regra fundamental do concurso público.

Interessante para pesquisa é verificar que nesses três casos o STF recorreu à argumentação consequencialista para decidir sobre a modulação dos efeitos da decisão. Isso porque as inconstitucionalidades das leis provocaram um vácuo jurídico no ordenamento de cada Estado, inviabilizando, ainda que temporariamente, qualquer tipo de contratação temporária, o que carrearía um *periculum in mora* inverso daquele que leis como essa, preventivas, destinadas às situações excepcionais (i.e. tragédias abruptas da natureza e às epidemias procuram minimizar).

Na ADI 3.237, que versava sobre lei de contratação temporária no âmbito do Hospital das Forças Armadas e atividades desenvolvidas no escopo do Sistema de Vigilância da Amazônia (SIVAM) e do Sistema de Proteção da Amazônia (SIPAM), argumentou-se que, considerando que a lei estava em vigor há mais de 10 anos, a imediata eliminação da lei erigiria um obstáculo intransponível a qualquer tipo de contratação temporária pelo Hospital das Forças Armadas e, ainda, no âmbito do SIVAM e do SIPAM até que uma nova lei surgisse, violando o princípio da proporcionalidade. Assim, tomando-se por base o artigo 4º, II e V, da Lei 8.745 de 1993 (que versa sobre as Contratações Temporárias) e o argumento levantado pelo Ministro Relator Joaquim Barbosa, de que “a imediata perturbação, ainda que parcial dos serviços do HFA decorrente da anulação desses contratos contraria inegavelmente o interesse público”¹⁹ (ADI 3.238, p. 8), a Corte limitou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que só incidissem em um ano após a publicação da decisão final desta ação no Diário Oficial da União quanto à alínea "d" e, quanto à alínea "g", após quatro anos.

Na ADI 3.649, o tribunal modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para preservar os contratos celebrados até a data da sessão, fixando o limite de até 12 (doze) meses de duração dos contratos, também por meio de uma argumentação consequencialista. A suscitação da modulação de efeitos decorreu do questionamento do ministro Gilmar Mendes, que afirmou a necessidade de discussão da modulação de efeitos em razão das consequências prejudiciais aos contratos em vigência no Estado do Rio de Janeiro, decorrentes da lacuna na legislação estadual (ocasionada pela decisão de procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade), ou mesmo a falta de um instrumento de contratação temporária para situações excepcionais. Para tanto o ministro remeteu aos dados indicados pelo ministro-relator Luiz Fux e pelo esclarecimento do advogado da parte que informou a corte das dificuldades de contratação na área de educação e da saúde no Estado; todavia, novamente, não se vislumbrou os critérios estabelecidos pela corte para a modulação dos efeitos, se limitando apenas a reproduzir o prazo de duração estabelecidos na lei impugnada.

¹⁹ Trecho do Relatório do acórdão da ADI, p. 8, disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6529623>>, acessado em 24 de dezembro de 2014.

Na ADI 3.430, que discutia a inconstitucionalidade de lei estadual de Espírito Santo, que havia instituído a contratação temporária na Secretaria da Saúde, o STF reforçou a sua jurisprudência no sentido de não permitir a contratação temporária de servidores para a execução de serviços meramente burocráticos, haja vista a ausência de relevância e interesse social. Diferente dos casos anteriores, ocorreu um debate acerca da modulação dos efeitos em relação ao seu tempo e seu objeto já que na época o país estava sofrendo com a pandemia da “gripe suína” e a lei previa, além da contratação de profissionais da área da saúde, outros servidores para áreas administrativas.²⁰

Segundo a ministra Ellen Gracie, a situação da pandemia justificaria a modulação dos efeitos por um período maior, restringindo os efeitos somente para os profissionais da área da saúde. Todavia, em relação ao tempo da modulação, o ministro Eros Grau argumentou de maneira contrária no sentido que a pandemia não deveria ser pretexto para justificar a manutenção da lei por um longo período – inclusive, à luz da excepcionalidade, alegou-se que em outros Estados da Federação, em que não existe lei, encontra-se alguma solução via contratação de emergência de pessoa jurídica. Concluiu o ministro afirmando que o Estado tem o dever de socorrer a população em defesa da saúde pública e que isto não poderia ser confundido com a manutenção de uma lei inconstitucional. Nesse sentido, a corte modulou, por maioria, os efeitos da decisão para que tivesse eficácia a partir de 60 dias da data de sua comunicação, sem explicitar o critério para tanto – meramente alegando que se tratava do tempo razoável para o Estado de Espírito Santo se adaptar ao vácuo jurídico.

Os casos revelam que a técnica da modulação dos efeitos da decisão pelo STF podem se basear numa argumentação consequencialista. Assim, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada, o STF acabou por estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em razão das consequências provocadas pelo vácuo jurídico.

O que se observa nos acórdãos é a falta de consistência da argumentação utilizada pelos ministros em relação às avaliações das consequências como, por exemplo, a falta de critério para estabelecer o limite temporal *pro futuro* – é ilustrativo a discussão na ADI 3.430 já que cada ministro alegava aleatoriamente um tempo que achava razoável, pela maioria entendeu-se que 60 dias era suficiente²¹ – ou do próprio método para estipular se tratam de consequências prováveis ou não. Aliás, os debates indicam que os ministros não procuraram saber dados empíricos para embasar suas posições, sequer discutir critérios para a tomada de decisão com

²⁰ Trecho do voto da ministra Ellen Gracie: “Se é declarada inconstitucional esta Lei Complementar nº 300, portanto, não pode haver contratação no Estado Espírito Santo em regime temporário para necessidade excepcional de interesse público. Qual é minha preocupação? Eles não vão poder contratar, porque não têm outra norma, e é preciso que haja. Segundo, neste momento, nós temos a configuração de um quadro que, eventualmente, vai se precisar, sim, para fazer face a essa demanda excepcional nos postos de saúde, nos hospitais” (ADI. 3.430, p. 281).

²¹ Trecho dos debates no acórdão, ministro Carlos Brito: “Acho sessenta um prazo curto, mas, como é a maioria, vou acompanhar”. Ministra Ellen Gracie: “Eu também, Presidente, preferia um prazo maior, mas acompanho a maioria”. (ADI 3.430, p. 304)

base nas consequências. Tal fato reforça a ideia da dificuldade da argumentação consequencialista em juízo, por vezes mal compreendida e distorcida com um uso retórico.

3.3 Condições da ação e acesso à justiça para a concessão de benefício previdenciário (RE 631.240)

O Recurso Extraordinário (RE) n. 631.240 trata da constitucionalidade da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para propositura de ações judiciais previdenciárias, com a finalidade de comprovação do interesse de agir.

O recurso foi interposto pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) contra o acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que anulou a sentença proferida em primeiro grau. O processo na origem versa sobre a concessão de aposentadoria rural por idade, formulada pela segurada – que alega trabalhar como diarista e não formulou prévio requerimento administrativo. O magistrado na primeira instância entendeu que um dos pressupostos da ação era o prévio requerimento administrativo da concessão do benefício perante o INSS, fato que descaracterizaria o interesse de agir da autora.

A sentença proferida em primeiro grau extinguiu o processo sem resolução de mérito. Esta sentença foi anulada pelo acórdão recorrido, sob o argumento de que a exigência de prévio requerimento administrativo violaria o “preceito constitucional da livre acessibilidade do poder judiciário”. No presente RE n. 631.240, o INSS aduz que houve violação dos artigos 2º e 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988).

Em suma, o INSS alega que a falta de uma das condições da ação, mais especificamente o interesse de agir (neste processo resumido ao prévio requerimento administrativo no INSS) pode violar os postulados de imparcialidade e de subsidiariedade da tutela jurisdicional, e a desconsideração das condições da ação podem ocasionar não apenas a “ampliação do âmbito de proteção do direito de ação, mas na permissão de um abuso de direito, pelo lado do autor, e abuso de autoridade por parte do juiz” (RE n. 631.240, p. 92).

No que se refere aos direitos materiais oponíveis à Previdência Social, o INSS diz que o magistrado, ao analisar um pedido de concessão de benefício (medida que cabe à própria Autarquia), poderá ultrapassar os limites do Poder Judiciário, desrespeitando a separação dos poderes e arrogar para si a função de executor das leis. O RE foi submetido ao Plenário Virtual, e por se tratar de matéria de relevância social foi reconhecida a sua repercussão geral.

A PGR entendeu que o recurso era meramente protelatório e opinou pelo não conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu improvimento, já que o acesso ao judiciário só poderia ser limitado de forma “excepcional, expressa e temporal”

(RE n. 631.240, p. 3). No acórdão em tela, observa-se que o ministro relator Roberto Barroso fez questão de deixar claro que havia manifestações de terceiros e da União – e que estas manifestações deveriam ser consideradas no julgamento.

O ministro relator Roberto Barroso conheceu e votou pelo provimento parcial do recurso. No Relatório, no trecho que tange às condições da ação, o Relator citou uma jurisprudência do STF no sentido de que as exigências de cumprimento de condições para a ação não violam o acesso à justiça pois “as condições da ação não incidem propriamente sobre o direito de ação, mas sim sobre o regular exercício” (RE 631.240, p. 11). Neste sentido, de acordo com o ministro relator Roberto Barroso, a exigência de prévio requerimento administrativo não ofenderia o princípio da inafastabilidade da jurisdição, por se tratar de um requisito necessário ao exercício do direito de ação.

No que se refere ainda às condições da ação, o ministro relator, de forma muito objetiva e didática, discorreu sobre os seus três aspectos: utilidade, adequação e necessidade. Ele argumentou no sentido de que o requerimento prévio tem relação com as condições da ação sob o aspecto da necessidade, e depois indagou se as condições da ação seriam compatíveis com o preceito segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF/1988, art. 5º, XXXV).

O relator aduziu que para entender se essa lógica é válida no que tange aos processos previdenciários, seria necessário o entendimento da dinâmica da relação entre os beneficiários e a Previdência Social. Para que seja concedido o benefício ao segurado é necessário que haja provocação da Autarquia (Previdência Social/ INSS) pelo segurado, ou seja, é esperado que o segurado tenha uma postura ativa diante da Previdência Social. Sendo assim, não há que se falar em lesão ou ameaça de direito, pois, se o segurado não entrou com o prévio requerimento, ainda não é beneficiário, ou seja, ainda não há direito a ser resguardado.

Há indícios, de acordo com a argumentação do ministro Relator no momento de seu voto, de que a decisão está sendo tomada por meio da análise das consequências ou seja, com base no “consequencialismo”. Esses indícios surgem à medida em que se observa que, embora as razões expostas no Relatório pelo ministro relator sejam suficientes para concluir sobre a legalidade da exigência do requerimento prévio como uma das condições da ação, “é relevante atentar para o contexto em que está sendo tomada esta decisão” (RE 631.240, p. 17). Os Ministros começam a modular os efeitos da decisão, com base nas manifestações trazidas aos autos por terceiros e utilizando como subsídio dados disponíveis nos sites do INSS, Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). De posse desses dados, os Ministros passam a ter uma noção aproximada do contexto em que se insere a decisão que será tomada, atentando-se também para as possíveis consequências que sua decisão pode gerar.

O ministro relator cita inúmeras jurisprudências e alega que, mesmo no âmbito dos Tribunais Superiores, não há uniformidade quanto às exigências de

requerimento prévio e, diante desse quadro de insegurança, não lhe parece razoável determinar a extinção de todos os processos que não apresentaram prévio requerimento, o que seria, na sua visão uma “saída radical” (RE 631.240, p. 29).

O Ministro aduz, ainda, que a forma por meio da qual está estruturada a rede de agências do INSS não permite que se estabeleça um parâmetro espacial abstrato no sentido de permitir o acesso diretamente em Juízo, pois mesmo este parâmetro não cuidaria de todos os casos concretos. No entanto, o Ministro deixa a ressalva de que o Magistrado poderia abrir mão da necessidade do requerimento prévio, desde que, diante do caso concreto, fosse verificada dificuldade ou excessiva onerosidade do segurado em comparecer a uma agência do INSS para postular tal requerimento.

Atendo-se às possíveis consequências que sua decisão poderia acarretar aos processos já em curso e levando em consideração algumas manifestações nos autos sobre modulação de efeitos (no caso de possível provimento do recurso), o ministro relator optou por modular os efeitos da decisão criando “regras de transição”.²² Para isso, separou os processos em três grupos: (i) aquelas ações que foram ajuizadas no âmbito do Juizado Especial Itinerante; (ii) aquelas ações em que o INSS já tenha apresentado contestação de mérito; e (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii).

De acordo com essa regra de transição, não há obrigatoriedade de requerimento prévio nos processos do grupo (i) por entender que como elas são ajuizadas através do Tribunal Especial Itinerante, por meio de iniciativas organizadas pelo poder público para promover acesso à justiça às comunidades remotas, com dificuldade de acesso a serviços públicos em geral, seria contraditório exigir requerimento administrativo prévio por parte desses autores.

Nas ações dos grupos (ii) e (iii) o ministro relator impôs que os processos deveriam retornar à vara de origem, e teriam o prazo de 30 dias para que o autor entrasse com o requerimento e prazo de 90 dias para o INSS responder ao requerimento.

Por entender que a presente decisão será proferida em sede de repercussão geral, ou seja, deverá ser cumprida por todos os tribunais o ministro relator traçou limites objetivos para o alcance da decisão. Ele separou as principais ações previdenciárias em dois grupos: (i) demandas que pretendem obter uma prestação ou vantagem inteiramente nova ao patrimônio jurídico do autor (pedidos de concessão de benefício, averbação de tempo de serviço e respectiva certidão, entre outros casos), neste caso, o autor da ação deverá comprovar que já formulou o pedido administrativo no INSS; (ii) ações que visam ao melhoramento ou à proteção de vantagem já concedida ao demandante (pedidos de revisão, conversão de

²² “Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso (...) (RE 631.240, p. 29)

benefício em modalidade mais vantajosa, reestabelecimento, manutenção, entre outros casos), neste caso não há necessidade de formulação de pedido administrativo por parte do segurado para ingressar com ação em juízo.

Acompanharam o voto do relator Roberto Barroso os ministros Teori Zavascki, Rosa Weber (vencida quanto ao conhecimento do Recurso), Luiz Fux, Gilmar Mendes, Celso de Melo, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Os ministros Carmem Lúcia e Marco Aurélio negaram provimento ao Recurso.

Observa-se claramente que a decisão desse recurso foi tomada com base em argumentos consequentialistas. Esses argumentos se apresentam principalmente quando o relator, ao entender que não existe pacificação sobre o tema da exigência de prévio requerimento administrativo, em nome da segurança jurídica, modula a decisão no sentido de não extinguir os processos que não tenham apresentado tal requerimento, concedendo prazo para que os autores apresentem o documento. Inclusive a própria estipulação dos prazos para dar entrada no requerimento administrativo (prazo de 30 dias) e prazo para resposta do INSS (prazo de 60 dias) foi fixado tomando-se por base o prazo de resposta padrão fornecido pelo INSS e o prazo da Justiça Desportiva em casos similares.

Ao modular os efeitos da decisão, estabelecendo regras de transição para os processos já em curso, o ministro relator demonstrou ter refletido e ponderado sobre as consequências que a extinção destes processos poderia causar aos autores²³ (insegurança jurídica, custos excessivos, frustração para os autores que ingressaram no Juizado Especial Itinerante, sobrecarregamento do INSS e, em caso de negativa dos requerimentos por parte do INSS, o possível retorno destes processos ao Judiciário futuramente).

O uso do argumento consequentialista deve ser muito bem estudado e aplicado com cautela; deve se basear em dados concretos, na lei e deve ser muito bem fundamentado para ser razoável, útil e justo para as partes.

Ao contrário do que aconteceu nos acórdãos estudados no capítulo anterior, em que se nota uma falta de consistência argumentativa pelos ministros, observou-se no julgamento deste RE que o processo foi estudado minuciosamente pelo ministro relator e o seu voto foi proferido da mesma forma: nota-se que o relator se muniu de leis previdenciárias, jurisprudências de Tribunais Superiores, dados sobre atendimento nos postos do INSS, estatísticas sobre o número de processos judiciais em que o INSS é parte, taxas de congestionamento dos Tribunais, manifestações de

²³ (...) A única coisa que eu insistiria, no meu ponto: eu acho que a gente não deve causar às pessoas frustrações desnecessárias. Essas pessoas estão litigando em juízo há muitos anos, partes e advogados. Se nós temos uma fórmula que permite eles manterem as ações, por que nós vamos optar pela fórmula que extingue os processos, manda eles embora para casa e depois, se tudo der errado no INSS, você começa outra vez? De modo que, quando é inevitável causar um desgosto, a gente deve causar, mas quando a gente tem uma fórmula alternativa. (RE 631.240, p. 46).

terceiros nos autos, entre outros dados,²⁴ com o intuito de servir de base para informar e ajudar os outros ministros a entenderem e se aproximarem do contexto em que está sendo realizado este julgamento.

Dessa forma, foi construído um sólido arcabouço de dados e fortes argumentos, o que resultou na construção de uma decisão que atendesse aos preceitos legais, que estivesse mais próxima da realidade, que estivesse alinhada com o que as partes esperam do Judiciário e que causasse o menor dano possível às partes.

Considerações finais

À guisa de uma conclusão é importante ressaltar alguns pontos alcançados no estudo. Destacou-se que o direito comporta o argumento consequencialista em certas discussões, seja por opção do legislador, ou em razão do enfrentamento de questões complexas em juízo, que exigem da autoridade a avaliação das consequências de sua decisão. O texto formulou a hipótese que *em tese* o STF está cada vez mais se preocupando com as consequências de suas decisões, todavia, é importante saber como *de fato* a corte está utilizando esses argumentos.

O argumento do tipo consequencialista, que se caracteriza pelo fato de argumentar levando em conta uma condição futura, é um argumento técnico e de difícil aplicação já que exige o domínio de metodologias e da elaboração de critérios estranhos ao direito. Em tempo, foi possível indicar que este tipo de argumentação também está relacionado com a introdução de normas finalísticas (ou programáticas) no ordenamento, que dependem da promoção de determinados objetivos.

Fato é que a não observação dessas exigências implica numa 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 alguns casos para verificar como essa argumentação é desenvolvida no STF. Na ADPF 165, ainda não julgada pelo STF, o principal interesse foi compreender o argumento do risco sistêmico e foi possível constatar que o STF está enfrentando o argumento econômico, embora restasse evidenciada a dificuldade do tribunal em lidar com a disputa entre pareceres de especialistas; além do fato de prevalecer uma confusão em torno da definição da questão jurídica principal da ADPF, isto porque a matéria a ser decidida em nada

²⁴ Trecho do voto do ministro Luiz Fux: “(...) Como, aqui, foram utilizados argumentos também interdisciplinares, no meu modo de ver, essa tese, pelo menos *ad futurum*, ela esvazia sobremodo o volume de ações no Judiciário, e isso acaba favorecendo o jurisdicionado, porque, hoje, quando a Constituição estipula como direito fundamental a duração razoável dos processos, ela também quer que haja espaço para outros processos poderem ingressar em juízo. Então, aqui, eu peguei um dado, por exemplo, estatístico, que é um dado convincente, no sentido, basicamente – não vou nem ler números –, nós, que fizemos direito, fugimos dessa matemática. (RE 631.240, p. 91).

implica a necessidade com o exame do argumento do risco sistêmico – trata-se de matéria exclusivamente de direito, uma discussão de direito adquirido.

No caso das contratações temporárias dos Estados da Federação, nas ADI'S n. 3.237, 3.649 e 3.420, percebe-se que houve uma inconsistência de argumentação no sentido de fundamentar as consequências na modulação dos efeitos das decisões. Por exemplo, no que tange à fixação dos prazos, cada ministro indicou um prazo de forma aleatória, sem a preocupação de levantar dados empíricos para fundamentar suas decisões com base nas consequências. Diferente do RE 631.240, em que se observou uma ampla pesquisa pelo ministro relator, de dados empíricos, para formação de um arcabouço com o intuito de contextualizar o momento em que a decisão está sendo tomada, e as suas possíveis consequências. É possível observar pela análise dos votos que, além do relator, cada ministro tratou de se inteirar sobre os temas tratados pelo RE, tais como acesso à justiça, condições para propositura da ação e temas complexos, em que há oscilação de jurisprudência nos tribunais, tal como o assunto do prévio requerimento administrativo em ação previdenciária.

Os casos apresentados sugerem diferentes formas de aplicação do argumento consequencialista. No RE 631.240, os dados levantados fizeram com que fossem elaborados fortes argumentos e que se pudesse avaliar as consequências de uma forma razoável, e que se chegasse a uma decisão mais próxima possível da realidade dos autores e do sistema judiciário. Enquanto nos demais casos vislumbrou-se uma dificuldade do tribunal em aplicá-los, seja em razão da divergência dos pareceres ou do seu uso retórico e sem critérios. Nesse último caso, sugere-se uma dificuldade de o judiciário lidar com as provas e com os conhecimentos técnico-científicos.

É interessante ressaltar que não há nada de reprovável em utilizar argumentos consequencialistas para embasar decisões, mas há que se fazer um alerta: é necessário que o tribunal esteja preparado para lidar com estas situações na tomada de decisão – sobretudo se aproveitando da prova para reduzir complexidade –, pois certamente repercutirão efeitos de cunho econômico, político ou social. As constatações aqui apresentadas sobre o consequencialismo em juízo abre caminho para uma agenda de pesquisa, ainda pouco explorada pelos estudos sociológicos do direito e não debatida pela dogmática.

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

NOBRE, M.; RODRIGUEZ, J. R. Judicialização da política? Sobre a naturalização da separação dos poderes (I). In RODRIGUEZ, J. R. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

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>

RODRIGUEZ, J. R. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

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.

_____. Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts, SSRN Working Paper, October 24, 2014. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2514577.

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, p. 383-418.

SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000.

VILLAS BÔAS FILHO, O. *Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Recebido em 23/01/2015

Aceito em 28/05/2015