

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LARA BONEMER AZEVEDO DA ROCHA

**EFICIÊNCIA DO ACESSO À JUSTIÇA COMO FATOR DE DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO**

CURITIBA

2014

LARA BONEMER AZEVEDO DA ROCHA

**EFICIÊNCIA DO ACESSO À JUSTIÇA COMO FATOR DE DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de concentração: Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marcia Carla Pereira Ribeiro.

CURITIBA

2014

LARA BONEMER AZEVEDO DA ROCHA

**EFICIÊNCIA DO ACESSO À JUSTIÇA COMO FATOR DE DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de concentração: Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Marcia Carla Pereira Ribeiro
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Junior
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Curitiba, 15 de dezembro de 2014.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Anníbal e Lúcia pelo amor incondicional durante toda a minha vida, que me permitiu ter a confiança necessária para trilhar sempre o caminho correto, com incentivo para alcançar objetivos cada vez maiores; e ao meu irmão Anníbal, pelo carinho e pela torcida incondicional pelo meu sucesso. Aos três, por construírem a estrutura essencial para compartilhar a alegria dos bons resultados e enfrentar as dificuldades da vida.

Ao meu amor Antonio Bazilio Floriani Neto, meu companheiro de mestrado, por todo o suporte, amor e carinho durante esta empreitada. Sem quem tudo seria mais difícil e nada seria tão maravilhoso.

À minha prima Camilla Rocha e à minha família em Curitiba, Marcia, Antonio e Daniela Floriani, obrigada pelo apoio, pela hospitalidade e pelo carinho.

À minha orientadora, Dr.^a Marcia Carla Pereira Ribeiro, que desde o início acreditou na minha pesquisa e na minha força de vontade, e incentivou o desenvolvimento deste trabalho. Por ter me acolhido como sua orientanda mesmo após iniciado o mestrado e apoiado a mudança do projeto. Mas principalmente pelo exemplo de profissional dedicada e de pessoa generosa, que sempre disponível, solícita e atenciosa, proporcionou interlocuções riquíssimas, introduzindo e aprofundando meus conhecimentos sobre os conceitos de Análise Econômica do Direito. Sua orientação foi decisiva para os rumos que tomei no curso do Mestrado. Por tudo, meu muito obrigada, Professora!

Às minhas amigas, pelo suporte, pela amizade, pela paciência nos momentos difíceis e principalmente por estarem sempre comigo durante este período, mesmo com a distância inevitável em virtude da dedicação ao mestrado.

Aos ex-colegas do escritório Medina & Guimarães e principalmente ao Henrique Cavalheiro Ricci, por me apresentar o mestrado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Também ao Dr. Rafael Oliveira Guimarães, que quando superior hierárquico teve paciência nos momentos necessários ao afastamento para conclusão da presente pesquisa. Ainda, ao Dr. José Miguel Garcia Medina, Renata Paccola Mesquita, Vinícius Secafen Mingati, Nida Saleh

Hatoum e Patricia Tiemi Tanaka Tomoike, pelo exemplo de postura profissional e companheirismo durante parte considerável deste período.

Ao PPGD da PUCPR, que agradeço em nome dos Professores, Dr.^a Marcia Carla Pereira Ribeiro, Dr. André Parmo Folloni e Dr.^a Claudia Maria Barbosa, pelas valiosas lições dadas em sala de aula; das colaboradoras, especialmente Eva Curelo e Daiane Kuster pelo importante trabalho realizado nesta instituição; e dos colegas de mestrado pelo companheirismo durante as aulas e estágio de docência.

Ao CNPQ/CAPES, pelo apoio financeiro para a realização do projeto de pesquisa, proporcionando a compra de todo o material bibliográfico necessário ao desenvolvimento do estudo, que posteriormente será revertido em benefício da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Por fim, a todos aqueles que contribuíram para o sucesso desta empreitada, o meu muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar o funcionamento do Poder Judiciário como fator determinante para o desenvolvimento econômico. Partindo-se do Poder Judiciário como uma instituição necessária para a garantia do cumprimento dos contratos e do respeito aos direitos de propriedade, são apontadas as características fundamentais ao seu bom funcionamento, com ênfase na segurança jurídica, no seu viés da previsibilidade. Com decisões judiciais previsíveis, os agentes têm condições de planejar o porvir, com base na confirmação dos efeitos de suas condutas no plano judicial. É estudada a realidade do Poder Judiciário brasileiro, demonstrando-se a partir de casos concretos a existência de divergência de entendimentos sobre um mesmo tema entre juízes de um mesmo órgão e órgãos de uma mesma instância, além da carência de respeito às decisões das Cortes Superiores pelas instâncias *a quo*. São objetos de análise algumas hipóteses em que houve a criação jurisprudencial do direito, inobstante a existência de dispositivo legal apto a regular o fato, com o objetivo de demonstrar que o Poder Judiciário brasileiro precisa aprimorar sua eficiência, a fim de proporcionar aos jurisdicionados um juízo de expectativas sobre suas condutas. O trabalho apresenta algumas propostas de estratégias que podem auxiliar nas soluções ao problema apresentado, utilizando-se de uma abordagem de direito comparado na tentativa de, a partir de soluções no plano teórico, sugerir soluções no plano prático nacional. São utilizados preceitos fornecidos pela Análise Econômica do Direito como o ferramental necessário para o desenvolvimento das etapas do estudo, tanto na contextualização do problema e na sua abordagem de forma mais específica em cada seção, como também na projeção de possíveis soluções propostas ao final da pesquisa.

Palavras-chave: Desenvolvimento Econômico. Acesso à justiça. Eficiência. Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

The present work aims to study the functioning of the Judiciary Power as a determining factor for economic development. Starting with the Judiciary Power as a necessary institution for ensuring the fulfillment of contracts and respect for property rights, are pointed out fundamental characteristics of its correct operation, with emphasis on legal security, in its bias of predictability. With predictable judicial decisions, the agents are able to plan for what is to come, based on the confirmation of effects of their conduct on judicial plan. The reality of the Brazilian Judiciary Power is studied, demonstrating the basis of concrete cases the existence of divergent understandings about the same subject between judges of the same organ and organs of a single jurisdiction, beyond lack of respect for the decisions of the Superior Courts by instances *a quo*. Are objects of analysis some hypotheses there was a jurisprudential creation of law, despite the existence of legal dispositive able to regulate the fact, with the aim of demonstrating that the Brazilian Judiciary Power needs to improve its efficiency in order to give the interested a court of expectations about their conducts. The work presents some proposals for strategies that can assist in solutions to the problems posed, using an approach of comparative law in attempt to, from solutions on a theoretical plane, suggest solutions on national practical plane. Are utilized precepts provided by Economic Analysis of Law as the tooling necessary for the development of the stages of the study, both in the context of the problem and their approach more specifically in each section, as well as the projection of possible solutions proposed at the end of the research.

Keywords: Economic development. Access to justice. Efficiency. Economic Analysis of Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	INSTITUIÇÕES E DESENVOLVIMENTO	12
2.1	CONCEPÇÕES DE DESENVOLVIMENTO	12
2.2	A IMPORTÂNCIA DAS INSTITUIÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO	23
2.3	SEGURANÇA JURÍDICA: COGNOSCIBILIDADE, CONFIABILIDADE E PREVISIBILIDADE (RELATIVA) DO SISTEMA DE JUSTIÇA	34
3	CONCEITO DE EFICIÊNCIA NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	45
3.1	EFICIÊNCIA NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	45
3.2	ÓTIMO DE PARETO E/OU KALDOR-HICKS? UMA ANÁLISE POSICIONAL	57
3.3	A EFICIÊNCIA DO ACESSO À JUSTIÇA	61
4	O PROBLEMA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO	71
4.1	A (IM)PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS	73
4.2	A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL	83
4.3	A ORIGEM DO PROBLEMA	100
5	POSSÍVEIS SOLUÇÕES AO PROBLEMA: UMA SOLUÇÃO TEÓRICA PARA CONDUZIR A UMA MELHORIA PRÁTICA	109
5.1	SOLUÇÕES VIA QUESTÃO INSTITUCIONAL	109
5.1.1	Instituições formais (<i>formal constraints</i>) e informais (<i>informal constraints</i>), e a sua execução (<i>enforcement</i>)	110
5.2	SOLUÇÕES VIA QUESTÃO PRÁTICA	123
5.2.1	Respeito aos precedentes judiciais	124
5.2.2	Mecanismos de vinculação dos magistrados	136
6	CONCLUSÃO	149
	REFERÊNCIAS	158

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento econômico de uma nação está intimamente ligado à presença de instituições sólidas, aptas a garantir o cumprimento dos contratos e a proteger os direitos de propriedade. Instituições fortes asseguram regras do jogo claras e acessíveis a toda sociedade, eliminando ou reduzindo os custos de transação, garantindo segurança aos agentes e formando um ambiente favorável à cooperação e à realização de trocas.

Em um ambiente em que não existem custos de transação, a tendência é a de que os indivíduos cooperem espontaneamente, atingindo o ponto ótimo, considerado eficiente. Contudo, considerado o ambiente real, em que os custos de transação são positivos *ex ante* e *ex post* a uma transação, a cooperação não ocorre de forma espontânea. Neste contexto é que se verifica a importância das instituições.

Dentre as instituições consideradas importantes para o desenvolvimento econômico destaca-se o sistema de justiça, compreendido pelos sistemas legal e jurídico, responsável, respectivamente, pela criação e aplicação das leis de forma eficiente. Um bom sistema de justiça deve atuar de forma previsível, garantindo a necessária segurança aos agentes para a realização de suas negociações. Um sistema de justiça que não atende a estas premissas gerais, não pode ser considerado eficiente e, sequer alçado à condição de instituição fundamental, representando um verdadeiro óbice ao desenvolvimento econômico.

No Brasil, em que pese à adoção da tradição *civil law*, o Poder Judiciário no período pós Constituição Federal de 1988 teve seu protagonismo consideravelmente ampliado. Aos juízes foi atribuída uma independência incontrolável, resultando em sérios problemas de falta de previsibilidade das decisões judiciais.

A falta de prevalência da jurisprudência dos Tribunais Superiores e dos Estados, bem como por parte dos juízes de primeira instância e a divergência de posicionamento entre magistrados de um mesmo órgão ou entre órgãos de uma mesma hierarquia, assim como a repentina mudança de entendimento jurisprudencial e ainda, a criação jurisprudencial do direito, conduzem a um cenário indesejável, que prejudica as transações econômicas. Sem que os agentes tenham condições de antever os efeitos de suas condutas no plano judicial, as transações ficam mais arriscadas, introduzindo o aumento dos custos de transação, e seus impactos na fixação dos preços. Este é o problema analisado nesta pesquisa.

Na tentativa de apontar soluções, serão estudados no plano teórico, os conceitos da Análise Econômica do Direito e, principalmente, o importante papel desempenhado pelas

instituições na conjuntura econômica. Neste aspecto, será estudado o Poder Judiciário como instituição imprescindível para a garantia da segurança dos agentes ao planejar suas condutas.

Além disso, os conceitos de eficiência compreendidos pela otimalidade de Pareto e o critério de Kaldor-Hicks serão de grande valia para o desenvolvimento de características de um acesso eficiente à justiça. A eficiência, neste contexto, está relacionada ao atendimento às demandas ilimitadas dos jurisdicionados sem gerar desperdício.

A teoria dos custos de transação e a racionalidade dos agentes serão importantes bases para o estudo, na formação de uma estrutura de incentivos favorável à realização de trocas e, portanto, ao desenvolvimento econômico. Em uma realidade em que os custos de transação são positivos, as instituições são necessárias para reduzir a possibilidade de escolha dos agentes que, baseados em sua racionalidade, com o objetivo de maximização de seu bem-estar, irão optar pelo caminho que apresentar menores custos e um aumento de sua utilidade.

Por fim, a teoria do Agente-Principal será um ferramental útil para a instrumentalização de mecanismos de vinculação dos magistrados, com a finalidade de se atribuir previsibilidade às decisões judiciais.

É importante considerar que por opção metodológica e por orientação da Dr.^a Marcia Carla Pereira Ribeiro, orientadora do presente estudo, não serão abordados neste trabalho os aspectos históricos e gerais da Análise Econômica do Direito.

No plano prático, serão analisadas decisões judiciais que evidenciam a apontada divergência, instabilidade e imprevisibilidade. E como possível solução, serão revisitados aspectos do direito processual civil (instituições formais) que associados aos mecanismos de vinculação dos magistrados (instituições informais) podem conduzir ao *enforcement* necessário ao cumprimento das obrigações.

Para cumprir com este desiderato, a pesquisa foi estruturada em quatro seções. A primeira seção se inicia com uma abordagem das concepções do desenvolvimento. Serão estudadas as teorias propostas pelo grupo dos “teóricos das imperfeições de mercado”, pelo grupo de teóricos representados por Amartya Sen, para quem o desenvolvimento é visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam, e pelo grupo da Nova Economia Institucional, representado principalmente por Douglass North, que tem como principal campo de estudo as instituições.

Filiando-se aos preceitos da Nova Economia Institucional e aos ensinamentos de Ronald Coase, Douglass North e Oliver Williamson, será analisada a importância das instituições para o desenvolvimento econômico. Dentre as instituições consideradas

importantes, será reservado especial enfoque ao sistema de justiça, analisando as características necessárias ao seu bom funcionamento.

Na sequência, serão estudadas as características fundamentais a um bom sistema de justiça. Segurança jurídica, nos seus vieses de cognoscibilidade, previsibilidade e confiabilidade, será o objeto da parte final da primeira seção.

Na seção subsequente, são introduzidos os conceitos de eficiência da Análise Econômica do Direito, partindo-se da análise da otimalidade de Pareto, chegar-se-á ao critério Kaldor-Hicks, seguido pela doutrina adepta a cada um e pelos seus críticos.

Na segunda parte desta Seção, serão traçados os parâmetros para a utilização destes critérios no plano empírico, de acordo com os ensinamentos da ótica posicional de Amartya Sen.

Neste contexto, cumpre consignar que apesar da utilização da doutrina de Amartya Sen para instruir a adoção de critérios de eficiência da Análise Econômica do Direito, este autor não é adepto ao *Law and Economics*. Seus ensinamentos são aproveitados, nesta seção, apenas no que se refere ao estado posicional de observação do agente no plano da realidade, para verificação acerca da conveniência na adoção dos critérios estudados.

Assentadas estas premissas, serão estudadas as características do acesso eficiente à justiça em contraste com a realidade do sistema de justiça brasileiro, destacando-se a necessidade de um acesso eficiente à justiça, apto a possibilitar o agir dos indivíduos dotados de racionalidade limitada no sentido de alocar os recursos escassos com eficiência, atendendo às necessidades humanas ilimitadas, evitando o desperdício.

Na seção terceira, serão abordados de forma específica os problemas do Poder Judiciário brasileiro. Em um primeiro momento, será estudada a questão da imprevisibilidade das decisões judiciais, com a análise de decisões judiciais que demonstram no caso concreto a divergência jurisprudencial, a instabilidade decisional e o estado de insegurança jurídica do Poder Judiciário, em questões bancárias, trabalhistas e tributárias.

Na sequência, analisando o fenômeno da judicialização da política, será estudado como a prática do ativismo judicial tem contribuído para este cenário de imprevisibilidade das decisões judiciais. Como exemplo, serão abordadas de forma mais específica, decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em ações contra planos de saúde. Por fim, será analisada a origem do problema estudado, formando o instrumental necessário para a projeção de possíveis soluções, que serão objeto da última seção.

Nesta quarta seção, serão apontadas análises teóricas com o propósito de viabilizar a solução dos problemas no plano prático. No plano teórico, será destacada a importância das

instituições e a necessidade de que o Poder Judiciário seja dotado de eficiência, o que será fundamentado principalmente nos ensinamentos de Douglass North.

No plano prático, verificou-se nos precedentes judiciais adotados pelo sistema *common law* um possível caminho para se atribuir previsibilidade às decisões judiciais. E associados à sua implementação, a criação de mecanismos de vinculação dos magistrados para seguirem os precedentes, foi verificada como possível forma de auxiliar na resolução da questão proposta na presente pesquisa.

Sem a pretensão de esgotar o tema, mas sim de continuar a presente pesquisa em nível de doutoramento e incentivar pesquisas afins, o presente estudo teve como objetivo geral contextualizar a realidade do Poder Judiciário brasileiro e procurar soluções possíveis para torná-lo uma instituição forte, apta a transmitir confiança aos agentes e a assegurar um ambiente seguro e equilibrado que permita a realização de trocas, tendo como consectário, o desenvolvimento econômico nacional.

2 INSTITUIÇÕES E DESENVOLVIMENTO

Na primeira parte desta seção serão apresentadas as concepções de desenvolvimento, partindo desde a necessária diferenciação entre crescimento e desenvolvimento, até a abordagem das teorias propostas pelo grupo dos “teóricos das imperfeições de mercado”, grupo representado por Amartya Sen, e pelo grupo da Nova Economia Institucional, representado principalmente por Douglass North, que tem como principal campo de estudo as instituições.

Na segunda parte, a partir dos ensinamentos de Ronald Coase, Douglass North e Oliver Williamson são estudadas as instituições e suas relações com o desenvolvimento econômico. Será dado especial enfoque ao Direito e ao sistema de justiça de uma nação, como instituição indispensável ao desenvolvimento econômico.

Por fim, na terceira parte desta seção, são estudadas as características fundamentais a um bom sistema de justiça, para que possa ser considerado como instituição forte, a saber, segurança jurídica em seus vieses de cognoscibilidade, previsibilidade e confiabilidade. Na sequência, será apresentado o contexto do sistema de justiça brasileiro e os problemas relacionados ao tema da seção.

2.1 CONCEPÇÕES DE DESENVOLVIMENTO

Ao tratar das concepções de desenvolvimento é preciso distinguir, de antemão, o mero crescimento econômico do desenvolvimento. Em sentido amplo, o crescimento se caracteriza pelo “incremento, a longo prazo, da população e do produto *per capita*”¹, este entendido pelo “conjunto de todos os bens e serviços resultantes da atividade produtiva de um indivíduo, empresa ou nação”².

Distinguindo o crescimento do desenvolvimento, Eros Roberto Grau sustenta ser o desenvolvimento um processo de mudanças dinâmicas que poderia conduzir a uma elevação de uma estrutura social para outra, acompanhado da mudança do nível econômico e do nível

¹ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento** – antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 1.

² Ibid. p. 2.

³ GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 7-14.

⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 30.

⁵ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento** – antecedentes, significados e conseqüências. Rio

cultural-intelectual comunitário³, implicando a consumação de uma ordem de transformações não apenas quantitativas, mas também qualitativas.

O crescimento econômico integra o desenvolvimento, mas não o representa por si só. Representa apenas o aumento da população e do produto nacional bruto, que pode conduzir ao desenvolvimento, sem que isto ocorra necessariamente. O desenvolvimento, por sua vez, é mais amplo e se refere à estrutura social como um todo, abrangendo não apenas o setor econômico, como também o social.

Feita esta distinção, passa-se à análise das teorias desenvolvimentistas, que podem ser divididas em três grupos, a partir do grau de crítica ao neoclassicismo⁴ que apresentam. O primeiro deles critica o modelo, mas não os pressupostos, bem como o método da teoria. São os chamados “teóricos das imperfeições de mercado”, cujo objetivo não é negar o mercado e o método de sua análise, mas tão somente identificar suas falhas para evitá-las ou eliminá-las⁵.

O segundo grupo, no qual se destaca Amartya Sen, aponta para o desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam, contrastando, portanto, com visões mais restritas de desenvolvimento, baseadas em índices de crescimento humano, econômico e produtivo⁶.

Argumenta este autor que o crescimento do Produto Interno Bruto, o aumento das rendas individuais, a industrialização, o avanço tecnológico e a modernização social podem conduzir à eliminação das restrições impostas à liberdade subjetiva, mas não caracterizam o desenvolvimento. Para que este seja atingido, seria necessário que fossem removidas as principais fontes de privação das liberdades, tais como pobreza, tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos⁷.

A partir desta análise, o autor destaca que estas liberdades “não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais”. Os fins principais poderiam ser considerados pelo “papel constitutivo” e o principal meio, pelo “papel instrumental” da liberdade no desenvolvimento. O papel constitutivo se relaciona à importância da liberdade substantiva no enriquecimento da vida humana. Estas liberdades

³ GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 7-14.

⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 30.

⁵ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento** – antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 27.

⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 16.

⁷ Ibid. loc. cit.

substantivas se verificam nas capacidades elementares, como, por exemplo, nas condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura, assim como as liberdades associadas à educação, ter participação política e a liberdade de expressão.

Como meios para se alcançar o desenvolvimento, enumera cinco tipos distintos de liberdade (instrumentais) que devem ser atingidas, sob sua ótica, a saber⁸:

- a) liberdades políticas, na forma de liberdade de expressão e eleições livres, incluindo os direitos civis, a liberdade de escolha, de criticar e de fiscalizar as autoridades⁹;
- b) facilidades econômicas, compreendidas nas oportunidades que os indivíduos “têm” para utilizar recursos econômicos, com o objetivo de consumo, produção ou troca¹⁰;
- c) oportunidades sociais, relacionadas às oportunidades dos indivíduos de viver melhor, como por exemplo, o direito à saúde e à educação¹¹;
- d) garantias de transparência, compreendidas na confiança recíproca entre os indivíduos para se relacionar um com os outros¹²;
- e) segurança protetora, necessária para que a população não fique reduzida à “miséria abjeta e, em alguns casos, até mesmo à fome e à morte”¹³.

Sen salienta a importância da liberdade de escolha nos processos de tomada de decisão e das oportunidades de obter resultados considerados valiosos. Como consequência, defende que os processos de participação em decisões de cunho político e escolha social não devem ser meios para se atingir o desenvolvimento, mas sim partes constitutivas dos fins do desenvolvimento, estando esta liberdade associada ao aspecto do processo¹⁴.

Quando relacionada ao aspecto da oportunidade, destaca que deve ser analisado “em que grau as pessoas têm a oportunidade de obter resultados que elas valorizam e que têm razão para valorizar”¹⁵, o que não pode ser analisado unicamente a partir dos níveis de renda real desfrutados pelas pessoas, evidenciando a importância do desenvolvimento como liberdade.

Para este grupo, o desenvolvimento estaria relacionado a valores, concebidos por Amartya Sen como as liberdades para se alcançar o desenvolvimento e aquelas que

⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 57.

⁹ Ibid. p. 58.

¹⁰ Ibid. p. 59.

¹¹ Ibid. loc. cit.

¹² Ibid. p. 60.

¹³ Ibid. loc. cit.

¹⁴ Ibid. p. 370.

¹⁵ Ibid. loc. cit.

caracterizam o fim primordial do mesmo, e também às instituições, que devem assegurar a concretização destes valores. Contudo, o problema que se verifica nesta corrente seria em como definir para onde estes valores e as instituições devem apontar, a fim de alcançar o desenvolvimento, tal como previsto.

Por fim, o terceiro grupo, que interessa ao presente estudo, formado pelos precursores da Nova Economia Institucional, está voltado ao estudo dos obstáculos ao bom funcionamento dos mercados, e tem como principal campo de estudo o das instituições sociais. Dentre seus representantes pode se destacar Douglass North.

Para North a história humana pode ser dividida em três ordens sociais, que consistem em modos de organização da sociedade que são autossustentáveis e internamente consistentes. A ordem primitiva (*primitive order*) consiste nas sociedades de caçadores, a que o autor não considera relevante para o seu estudo¹⁶.

A ordem de acesso limitado (*limited access order*) por sua vez, cria limites de acesso a funções políticas e econômicas de grande valor como uma forma de gerar renda. A renda é criada com a imposição de limites para o acesso de recursos e funções e com a limitação deste acesso como uma forma de organização social que a sociedade em geral irá suportar. Assim, os indivíduos poderosos são dotados de privilégios e rendas, e a partir do momento em que a violência ameaça ou reduz essas rendas, o risco de perdê-las pode tornar interessante a cooperação entre indivíduos ou grupos de interesse poderosos, na formação de alianças, ao invés de uma guerra. Afirma o autor que nas ordens de acesso limitado o sistema político manipula a economia para a criação de rendas como um meio de resolver o problema da violência¹⁷.

E a ordem de acesso aberto (*open access order*) se caracteriza pela competição, pelo acesso aberto às organizações e pelo *rule of law* como um sustentáculo da sociedade. Estas sociedades, segundo North, usam a competição e as instituições como meios de despertar o interesse de oficiais políticos a observarem regras constitucionais, incluindo o controle político consolidado sobre todas as organizações com potencial para tornarem-se violentas¹⁸.

Nesta conjuntura de ideias, Douglass North traz o contexto de desenvolvimento como sendo um processo de transformação social, ilustrado com a passagem de uma ordem social de acesso limitado (*limited access order*) para uma ordem social de acesso aberto (*open*

¹⁶ NORTH, Douglass et al. Limited Access Orders in the developing world: a new approach to the problems of development. **Policy Research Working Paper**, n. 4359, sep. 2007. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSCContentServer/IW3P/IB/2007/09/19/000158349_20070919115851/Rendered/PDF/WPS4359.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2014. p. 3.

¹⁷ Ibid. loc. cit.

¹⁸ Ibid. p. 4.

access order), sendo necessário para que ocorra esta transformação, a presença de mecanismos institucionais e organizacionais eficientes, aptos a permitir intercâmbios entre as elites¹⁹.

North afirmava que a história da economia está relacionada ao desempenho da economia durante o tempo e que o objetivo da pesquisa neste campo não se restringe a estudar o passado, mas também contribuir para a teoria econômica, na medida em que provê elementos que possibilitem entender as mudanças econômicas²⁰.

Afirma ainda, que uma teoria dinâmica da economia é crucial para o campo do desenvolvimento econômico. Neste aspecto, critica a teoria neoclássica, por ser um instrumental inapropriado para analisar e prescrever políticas indutoras do desenvolvimento, na medida em que se preocupa apenas com o funcionamento dos mercados e não com o seu desenvolvimento. Salienta que a teoria neoclássica, quando aplicada na história da economia e desenvolvimento foi focada no desenvolvimento tecnológico e mais recentemente no investimento de capital humano, mas ignorou a estrutura de incentivos incorporada nas instituições que determinam a extensão do investimento social nestes fatores²¹.

A análise do desempenho da economia por meio do tempo afasta duas suposições equivocadas: que as instituições não têm importância e que o tempo também não. Assim, parte de um quadro analítico que seria a modificação da teoria neoclássica, alterando o pressuposto da racionalidade e acrescentando a dimensão do tempo²².

Há também outras teorias do desenvolvimento que se dedicam ao direito constitucional dos países em desenvolvimento. Estes países, nas décadas de 1989 e 1999, realizaram importantes emendas às suas constituições ou adotaram constituições inteiramente novas. Assim, sob esta ótica, uma ampla reforma constitucional poderia ensejar o desenvolvimento, com certo grau de otimismo em relação ao potencial instrumental das normais constitucionais, que exibem três atributos considerados importantes, a saber, democracia, separação de poderes e liberdade de imprensa²³.

¹⁹ NORTH, Douglass et al. Limited Access Orders in the developing world: a new approach to the problems of development. **Policy Research Working Paper**, n. 4359, sep. 2007. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSCContentServer/IW3P/IB/2007/09/19/000158349_20070919115851/Rendered/PDF/WPS4359.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2014. p. 3.

²⁰ Id. Economic Performance Through Time. **Nobelprize.org**. Nobel Media AB 2014. Web. 11 Oct. 2014. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1993/north-lecture.html>. Acesso em: 15 jul. 2014.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ DAVIS, Kevin; TREBILCOCK, Michael. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas *versus* céticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 217-268, jan./jul. 2009. p. 227.

Muitos teóricos do desenvolvimento afirmam que a democracia é conducente ao desenvolvimento, na medida em que gera incentivos para que os líderes políticos o promovam. É o caso, por exemplo, de Amartya Sen²⁴ e Immanuel Kant²⁵.

A separação de poderes, constituída como um sistema de freios e contrapesos proposta por Montesquieu, baseia-se na existência de um juiz confiável, ou seja, de um Poder Judiciário independente para impor a separação de poderes e o respeito pelas suas decisões²⁶.

Nesta ordem de ideias, Kevin Davis e Michael Trebilcock afirmam que “a separação de poderes aumenta o custo dos grupos de interesse de ‘capturar’ as instituições políticas ou judiciárias”²⁷ e que quanto maior o número de instituições que um agente tiver que convencer para promover seus interesses, é provável que os custos de transação impeçam a conclusão de um acordo. Ainda, afirmam que a separação dos poderes torna difícil para os governos descumprir de forma oportunista os compromissos anteriores. Por fim, um terceiro argumento para justificar a separação dos poderes é o de que favorece a competição entre diferentes instituições, servindo de medida de desempenho, umas para as outras.

O terceiro atributo apto a favorecer o potencial instrumental das normas constitucionais é a liberdade de imprensa, que pode ser utilizada para pressionar o governo e promover liberdade de comunicação, por exemplo, desempenhado um importante papel no controle de abuso de poder pelas autoridades estatais²⁸.

Há também um grupo de pesquisadores (Carothers, Dam, Brunetti e Weder) que acreditam que reformas do direito econômico internacional podem produzir efeitos potenciais sobre o comércio e os investimentos internacionais que, por sua vez, podem influenciar os preços, abrindo oportunidades para produções locais de produtos e gerando incentivos para inovação. Justificam também que o regime internacional pode moldar indiretamente as instituições jurídicas nacionais ao alterar a paisagem política interna²⁹.

²⁴ Cf. SEN, Amartya. **Resources, Values and Development**. Cambridge: Harvard University Press, 1984; SEN, Amartya; DRÈZE, Jean. **Hunger and Public Action**. Gloucestershire: Claredon Press, 1989; SEN, Amartya. **Development as Freedom**. New York: Oxford University Press, 1999; KANT, Immanuel. Perpetual Peace. In: GAY, Peter. **The Enlightenment: A Comprehensive Anthology**. New York: Simon & Schuster, 1973. p. 784; DOYLE, Michael W. Kant, Liberal Legacies and Foreign Affairs. Part 1. **Philosophy & Public Affairs**, v. 12, n. 3, p. 205-235, 1983.

²⁵ Cf. KANT, Immanuel. Perpetual Peace. In: GAY, Peter. **The Enlightenment: A Comprehensive Anthology**. New York: Simon & Schuster, 1973; DOYLE, Michael W. Kant, Liberal Legacies and Foreign Affairs. Part 1. **Philosophy & Public Affairs**, v. 12, n. 3, p. 205-235, 1983.

²⁶ DAVIS, Kevin; TREBILCOCK, Michael. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas *versus* céticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 217-268, jan./jul. 2009. p. 228.

²⁷ Ibid. loc. cit.

²⁸ Ibid. p. 229.

²⁹ Ibid. p. 230.

Cumpra mencionar, ainda, a Teoria do Decrescimento, desenvolvida por Serge Latouche. A teoria prega uma mudança de paradigma na economia mundial na medida em que passam a ser computados parâmetros que possibilitem a sustentabilidade dos recursos e que respeitem os ecossistemas do planeta. Isto porque, entende o citado economista que os problemas ecológicos, sociais e culturais são causados pelo crescimento e que o desenvolvimento ocorreria apenas quando estes problemas não são verificados³⁰.

Em relação às teorias desenvolvimentistas, Mario G. Schapiro e David M. Trubek destacam três modelos de desenvolvimento, a partir da concepção do Banco Mundial³¹. Os modelos de desenvolvimento equilibrado surgidos na década de 50 foram propostos por Ragnar Nurkse, economista nascido na Estônia e muito influenciado pela Escola Austríaca, criador do modelo do círculo vicioso do subdesenvolvimento³²; Rosentein-Rodan economista austríaco, criador da teoria do “*Big Push*”³³, do desenvolvimento desequilibrado, proposto por Hirschman; e a contribuição cepalina, oriunda da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – Cepal, formulado por autores como Raul Prebisch, economista argentino que foi um dos mais destacados intelectuais da Cepal e criador do método estruturalista do pensamento econômico³⁴; e Celso Furtado no final da década de 40 e início da década de 50.

Os modelos de desenvolvimento equilibrado prescreviam que o desenvolvimento ocorreria de maneira uniforme, com modificações regulares de procura, de produção, do comércio externo e do emprego³⁵. Mas para que o desenvolvimento tivesse início seria necessário o rompimento dos círculos viciosos da pobreza. Este modelo, criado por Ragnar

³⁰ LATOUCHE, Serge. **La décroissance, une utopie?** Entrevista online. Parte 1. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fvBsiP3hAmA>>. Acesso em: 15 jul. 2014; LATOUCHE, Serge. **La décroissance, une utopie?** Entrevista online. Parte 2. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fvBsiP3hAmA>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

³¹ SCHAPIRO, Mario G; TRUBEK, David M. Redescobrimos o Direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: _____; _____ (Coords.). **Direito e Desenvolvimento** – Um diálogo entre os BRICS. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 30-31.

³² TALLINNA TEHNIKAÜLIKOO. Tallinn University of Technology. **Ragnar Nurkse School of Innovation and Governance**. Ragnar Nurkse – probably the most internationally recognized Estonian scientist of the 20th century. Disponível em: <<http://www.ttu.ee/faculty-of-social-sciences/ragnar-nurkse-school-of-innovation-and-governance/ragnar-nurkse/>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

³³ INTERNATIONAL INSTITUTE OF SOCIAL STUDIES IN THE HAGUE. Part of Erasmus University Rotterdam. **Paul Rosenstein-Rodan**. Disponível em: <http://www.iss.nl/about_iss/honorary_fellows/paul_rostein_rodan/>. Acesso em: 14 jul. 2014.

³⁴ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA. **Prebisch, la CEPAL y el método histórico estructural**. Disponível em: <<http://prebisch.cepal.org/pt-pt/prebisch-cepal-e-o-metodo-historico-estructural>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

³⁵ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento** – antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 15.

Nurkse, resultaria do fato de que países com baixa produtividade teriam também baixos rendimentos, impedindo o crescimento produtivo do país³⁶.

Contudo, a partir deste raciocínio, os economistas formuladores deste modelo atentaram para o fato de que o desenvolvimento não era inexorável e nem sujeito a etapas, sendo que as economias tardias poderiam simplesmente permanecer como tal³⁷. Afirmavam que para o rompimento deste círculo vicioso seria necessário um grande impulso estatal, conhecido como a teoria do “*Big Push*” criada por Rosentein-Rodan, mediante um conjunto organizado de investimentos e ações, aptos a inaugurar uma nova rota de crescimento³⁸.

Assim, conforme destacam Mario G. Shapiro e David M. Trubek ao analisar o modelo de desenvolvimento equilibrado, este novo patamar de equilíbrio atingido a partir da teoria do “*Big Push*” seria marcado por “maior volume de investimento, maior produtividade, maior renda e, conseqüentemente, a manutenção de taxas altas de investimento”³⁹.

Em contraposição aos modelos de desenvolvimento equilibrado, autores como Hirschman formularam os modelos de desenvolvimento desequilibrado, sendo os quais o desenvolvimento decorreria de um processo não linear, ou seja, de saltos bruscos aptos a produzir impactos relevantes na economia⁴⁰.

A partir deste diagnóstico, Hirschman afirmava que para sair do atraso econômico, seria necessário algo semelhante como o “*Big Push*” proposto por Nurkse, apto a conduzir estas economias atrasadas a um novo padrão de equilíbrio. Mario G. Shapiro e David M. Trubek, em relação a este modelo, comparam o desenvolvimento desequilibrado à geração de ondas em lago, a partir do lançamento de uma pedra, que passaria pela eleição de segmentos propulsores, capaz de produzir movimentos positivos em outros setores da economia⁴¹.

Por fim, o modelo decorrente da contribuição da Cepal, relevante, em particular, para a América Latina, conforme asseveram Schapiro e Trubek⁴², partiu da análise individual dos países da região, concluindo pela “tese da deterioração dos termos de troca”, em que estes países, ao se especializarem em produtos agrícolas, depararam-se com o problema de que suas

³⁶ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento** – antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 15.

³⁷ SCHAPIRO, Mario G; TRUBEK, David M. Redescobrimo o Direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: _____; _____ (Coords.). **Direito e Desenvolvimento** – Um diálogo entre os BRICS. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 30.

³⁸ Ibid. loc. cit.

³⁹ Ibid. loc. cit.

⁴⁰ RISTER, Carla Abrantkoski. op. cit. p. 16.

⁴¹ SCHAPIRO, Mario G; TRUBEK, David M. op. cit. p. 30-31.

⁴² Ibid. p. 31.

populações eram consumidoras das importações de bens industrializados, mas de outro lado, suas exportações não mantinham paridade e poder de compra com as importações.

Em virtude deste problema, a Cepal “buscou a elaboração de estratégias alternativas, aptas a permitir, por meio da industrialização, a superação do atraso e do parco crescimento que enredavam os países da região da América Latina e do Caribe”⁴³.

Partindo-se dos diagnósticos formulados nos três modelos de desenvolvimento, foram identificados um setor e um veículo de governança, responsáveis pelas estratégias de *catch up* (como afirmam Mario G. Schapiro e David M. Trubek). O setor seria o Estado e o veículo de governança seriam os dispositivos do direito público⁴⁴.

Assim, por meio de políticas econômicas ativas e modelos de desenvolvimento orientados pelo Estado e sustentados por uma ampla intervenção pública, o Estado planejou a industrialização dos países subdesenvolvidos, que atingiram outro patamar de organização econômica⁴⁵.

No final da década de 1980 e início de 1990 foi constituída uma nova triangulação jurídico-econômica por meio do Consenso de Washington. O Estado como protagonista de governança foi substituído pelo mercado e o veículo de articulação institucional passou a favorecer os mecanismos de governança das transações privadas, abrindo espaço para amplos programas de reforma econômica. Dois foram os conjuntos principais de medidas que fizeram parte desta agenda:

[...] (i) a proteção aos direitos econômicos individuais, por meio de ações como a reforma dos dispositivos de governança, o incremento da garantia patentária e as regras de defesa da concorrência e (ii) as iniciativas de controle do ativismo estatal, que combinavam a proposição de *accountability* do poder público com os objetivos de desregulação econômica⁴⁶.

Estes programas foram orientados para a desestatização das economias, que teve como objetivo “o de garantir as bases de sustentação para um modelo de desenvolvimento menos ancorado na coordenação pública e mais confiante nas transações privadas e espontâneas de mercado”⁴⁷.

⁴³ SCHAPIRO, Mario G; TRUBEK, David M. Redescobrimo o Direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: _____; _____ (Coords.). **Direito e Desenvolvimento** – Um diálogo entre os BRICS. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31.

⁴⁴ Ibid. loc. cit.

⁴⁵ Ibid. p. 33.

⁴⁶ Ibid. p. 35.

⁴⁷ Ibid. loc. cit.

O Estado até então responsável pela coordenação das ações sociais e econômicas para a resolução dos problemas, passou a figurar como um garantidor da estabilidade das instituições, que regulavam as ações dos agentes privados⁴⁸. Esta mudança na posição do Estado ensejou a necessidade de uma ampla reforma institucional sob o fundamento de que um bom direito (*rule of law*), se bem aplicado, conduziria a bons resultados econômicos, tornando-se, sob esta ótica, indispensável ao desenvolvimento dos países⁴⁹. Este bom direito, que se bem aplicado teria o condão de produzir bons resultados, é aquele que oferece segurança jurídica e confiabilidade aos agentes, “um direito, portanto, entendido como precondição, que, ao estabelecer a garantia de propriedade para os agentes econômicos, garantiria, por consequência, o desenvolvimento capitalista”⁵⁰.

Este foi, conforme afirma David M. Trubek, o contexto da redescoberta do direito na comunidade do desenvolvimento, o que teria resultado da confluência de duas forças, sendo a primeira o “projeto democracia” e a segunda, o “projeto dos mercados e a descoberta das instituições”. O “projeto democracia” emergiu nas décadas de 70 e 80⁵¹:

em consequência, “direitos humanos” deixou de ser uma ideia para ser um movimento organizado e uma força institucionalizada. A comunidade internacional fez grandes progressos na especificação de normas de direitos humanos criando mecanismos de ação internacional para fazer cumpri-los, e os direitos humanos internacionalmente reconhecidos tornaram-se parte integrante do discurso da política interna em muitos países. [...] O movimento dos direitos humanos começou a olhar para essas instituições, defendendo a criação de garantias constitucionais, revisões judiciais, maior independência do judiciário e “acesso à justiça”. Esse caminho levou naturalmente a ideias sobre a construção do “império do direito”⁵².

O projeto dos mercados e a descoberta das instituições foi decorrente das novas bases de desenvolvimento surgidas no Consenso de Washington, que enfatizava o crescimento decorrente das exportações, mercados livres, privatizações e investimentos estrangeiros como chaves para o desenvolvimento, por isso foi necessário criar instituições de uma economia de mercado⁵³.

⁴⁸ SCHAPIRO, Mario G; TRUBEK, David M. Redescobindo o Direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: _____; _____ (Coords.). **Direito e Desenvolvimento – Um diálogo entre os BRICS**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 36.

⁴⁹ TRUBEK, David M. O “império do direito” na ajuda ao desenvolvimento: passado, presente e futuro. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro: textos selecionados de David M. Trubek**. Tradução Pedro Maia Soares, José Rafael Zullo e José Rodrigo Rodriguez. Revisão José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 200-201.

⁵⁰ SCHAPIRO, Mario G; TRUBEK, David M. op. cit. p. 39.

⁵¹ TRUBEK, David M. op. cit. loc. cit.

⁵² Ibid. loc. cit.

⁵³ Ibid.

Esta nova agenda de desenvolvimento foi, desde a década de 1990, difundida nos países em desenvolvimento, que passaram a investir em programas de qualificação das instituições, voltados a um universo de propósitos, tais como a reforma do Poder Judiciário, a incorporação de novos códigos legislativos e até mesmo novas regulações do mercado financeiro e a adoção de boas práticas de governança, com o escopo de fortalecer a estrutura de garantias e incentivos, estimulando a atuação dos agentes no mercado⁵⁴.

É importante consignar, ainda, que há uma corrente de teóricos considerada por Kevin Davis e Michael Trebilcock como os “céticos do direito”, por não acreditarem em uma relação entre o direito e desenvolvimento. Esta corrente, liderada por Trubek e Santos com o artigo “Acadêmicos auto-alienados...” criticava a implantação de modelos utilizados nos países desenvolvidos, nos países em desenvolvimento. Os autores consideravam esta ideia “etnocêntrica e ingênua”, pois as precondições para o êxito da implementação do modelo jurídico liberal contrastavam fortemente com a realidade dos países em desenvolvimento⁵⁵.

Assim, “devido à divergência entre as condições nos países em desenvolvimento e aquelas existentes nas nações desenvolvidas, a reforma das instituições jurídicas tinha pouca ou nenhuma influência sobre as condições sociais ou econômicas dos países do Terceiro Mundo”. Destacam os autores, problemas de implementação, o problema do determinismo jurídico e da dependência de trajetória (*path dependence*), refutando as teorias econômicas, políticas e culturais acerca da relação entre direito e desenvolvimento⁵⁶.

O que se pode observar é que, com exceção à teoria do decrescimento econômico proposta por Serge Latouche e da corrente seguida pelos “céticos do direito”, as teorias do desenvolvimento tratadas nesta subseção atribuem grande importância às instituições para o processo de desenvolvimento.

Nestas teorias, mas principalmente aquela sustentada pelo grupo da Nova Economia Institucional, as instituições e principalmente o direito constituem chaves essenciais para o desenvolvimento, na medida em que asseguram os direitos (boas regras do jogo), garantindo segurança (ambiente estável) eliminando ou reduzindo os custos de transação e formando um ambiente com incentivos para que os indivíduos cooperem entre si.

⁵⁴ SCHAPIRO, Mario G. Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento. Os limites do paradigma *Rule of Law* e a relevância das alternativas institucionais. In: DIMOULIS, Dimitri; VILHENA, Oscar. **Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 122.

⁵⁵ DAVIS, Kevin; TREBILCOCK, Michael. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas *versus* céticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 217-268, jan./jul. 2009. p. 233.

⁵⁶ Ibid. loc. cit.

2.2 A IMPORTÂNCIA DAS INSTITUIÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO

Ronald Coase ao tratar do problema do custo social desenvolve problemáticas sob a suposição de que não haveria custos para a realização das transações no mercado. Nestes casos, o que se revela importante é que os direitos das partes estejam bem definidos e os resultados das ações judiciais devam ser previstos com facilidade⁵⁷.

Contudo, o que se observa é que, na realidade, as transações do mercado são custosas, na medida em que envolvem os custos prévios à transação, como por exemplo, descobrir qual é a outra parte com quem se deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para realizar negócios, bem como sob quais condições deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato e garantir meios de fiscalização para que o contrato seja cumprido e de proteção na hipótese de descumprimento, e assim por diante⁵⁸.

Estes custos podem, inclusive, ser altos o suficiente para impedir a realização de uma transação que ocorreria normalmente em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos. E sem um ambiente favorável à realização de transações, ficam prejudicadas as trocas e, por consequência, o desenvolvimento⁵⁹. A situação é muito diferente quando as transações no mercado são tão custosas a ponto de tornar difícil mudar a alocação de direitos estabelecida pelo sistema jurídico, de modo que nesses casos, o Poder Judiciário representa uma influência direta na atividade econômica. Tecidas estas considerações, “seria aparentemente desejável que as cortes tivessem os deveres de compreender as consequências econômicas de suas decisões” e “de levar em conta tais consequências ao exercerem sua competência decisória”⁶⁰.

Nesta linha de ideias é que se verifica a importância das instituições, pois conforme entende Douglass North “*when it is costly to transact, institutions matter*”⁶¹ e porque uma grande parte da renda dos países depende de transações, as instituições e especificamente a garantia dos direitos de propriedade, são determinantes cruciais para a eficiência dos mercados.

North define as instituições como sendo restrições humanas que estruturam a interação política, econômica e social, podendo ser formais e informais. As restrições informais são

⁵⁷ COASE, Ronald. H. O problema do custo social. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia**: textos escolhidos. Tradução Francisco Kummel F. Alves e Renato Vieira Caovilha. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 81.

⁵⁸ Ibid. p. 76.

⁵⁹ Ibid. p. 81.

⁶⁰ Ibid. loc. cit.

⁶¹ NORTH, Douglass C. **The new institutional economics and development**. Disponível em: <<http://www2.econ.iastate.edu/tesfatsi/NewInstE.North.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

compreendidas pelas sanções, *taboos*, costumes, tradições e códigos de conduta e as formais, por sua vez, são as constituições, as leis e os direitos de propriedade⁶².

São diferentes das organizações. Estas, assim como as instituições, também fornecem uma estrutura para a interação humana. Representam os órgãos políticos e econômicos, se caracterizando por grupos de indivíduos unidos por um propósito em comum para atingir determinados objetivos e são influenciadas, desde o seu surgimento até o seu desenvolvimento, pelas instituições. As instituições representam o conjunto de regras do jogo e as organizações, por sua vez, os jogadores⁶³.

As mudanças institucionais modelam o modo com que as sociedades se desenvolvem durante o tempo e por isso são as chaves para que se possa compreender as mudanças ao longo da história⁶⁴. Através do tempo, as instituições foram criadas pelos seres humanos para promover a ordem e reduzir incertezas nas trocas, formando uma estrutura de incentivos para as transações em uma sociedade. Juntamente com a tecnologia empregada, determinam os custos de transação e de produção. Esta estrutura de incentivos na economia direciona as mudanças econômicas e são determinantes para o desenvolvimento econômico⁶⁵.

O papel principal desempenhado pelas instituições é o de reduzir as incertezas, gerando segurança para a convivência em sociedade. Representam o guia para a interação humana, de que todo o agir individual está condicionado a um modo pré-estabelecido pelas instituições⁶⁶.

Conforme explica Ivo Teixeira Gico Junior, a segurança gera a cooperação, e o desenvolvimento nada mais é do que o resultado da cooperação humana⁶⁷. Então, somente com a segurança, devidamente garantida pelas instituições, é possível cooperar e alcançar o desenvolvimento.

Em um estudo específico sobre instituições, Douglass North destaca três tipos primitivos de trocas em que as instituições não são envolvidas, a saber, as sociedades tribais,

⁶² NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 97.

⁶³ Ibid. p. 5.

⁶⁴ Ibid. p. 3.

⁶⁵ Id. Economic Performance Through Time. **Nobelprize.org**. Nobel Media AB 2014. Web. 11 Oct. 2014. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1993/north-lecture.html>. Acesso em: 15 jul. 2014.

⁶⁶ NORTH, Douglass C. op. cit. p. 4.

⁶⁷ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Seminário Direito, Economia e Desenvolvimento**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011. Palestra. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=FR5_OLDN3Zo>. Acesso em: 11 jul. 2014.

as economias regionais com o que denomina “*bazaar trading*” e as caravanas de trocas à longa distância (*long-distance caravan trade*)⁶⁸.

Nestas formas de troca, North afirma que, no primeiro caso, desvios e inovações são vistas como ameaças à sobrevivência do grupo. Citando Elizabeth Colson, pondera que uma sociedade tribal depende de uma densa rede social e que nestas comunidades, “as pessoas estão constantemente envolvidas em assegurar sua posição em situações em que tem que demonstrar suas boas intenções. Usos e costumes parecem ser flexíveis diante do julgamento de uma pessoa que fez certo ou errado, que varia caso a caso”⁶⁹. E isto acontece porque “quem está sendo julgado é a pessoa, e não o crime”⁷⁰. E nestas condições, “o desrespeito aos padrões aceitos é equivalente à uma reivindicação para tornar ilegítimo o poder, tornando-se parte de uma prova contra a pessoa”⁷¹.

No segundo caso, que pode ser verificado no Norte da África e no médio Oriente, os custos de transação existem. Porém, “não existem instituições dedicadas à montagem e à distribuição de informações sobre o mercado. Não existem cotações de preços, relatórios de produção, agências de emprego, guias de consumo e assim por diante”⁷².

Os sistemas de pesos e medidas não obedecem a um padrão, as habilidades de troca são elaboradas e desenvolvidas, sendo os determinantes de quem prospera no *bazaar*. As trocas são atividades singulares, que envolvem uma busca contínua por parceiros específicos, e não a mera oferta de mercadorias para o público em geral. As regulações das disputas não obedecem a regras de competição e princípios jurídicos e o controle governamental desta prática é marginal, descentralizado e, muitas vezes, retórico⁷³.

O que falta no médio Oriente, segundo North, são instituições que poderiam fazer com que estas organizações voluntárias se tornassem viáveis e lucrativas, o que exigiria uma estrutura legal e um sistema de cortes para assegurar o cumprimento dos contratos, que em certa medida depende do desenvolvimento de instituições políticas que possibilitariam a criação deste quadro. Do contrário, não haveria incentivos para alterar este sistema⁷⁴.

No terceiro caso, concebido pelas caravanas de trocas à longa distância (*long-distance caravan trade*), frequentes no Marrocos, por exemplo, há um mercado informal que torna as trocas possíveis. Há uma garantia de passagem, mediante o pagamento de certa quantia em

⁶⁸ NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 98-105.

⁶⁹ Ibid. p. 102-103.

⁷⁰ Ibid. p. 103.

⁷¹ Ibid. loc. cit.

⁷² Ibid. loc. cit.

⁷³ Ibid. loc. cit.

⁷⁴ Ibid. loc. cit.

dinheiro onde há certo poder. O autor destaca que esta quantia em dinheiro não seria apenas um pagamento, mas sim um complexo de rituais morais e costumes que tem a força da lei e o peso de uma santidade. Assim, enquanto os chefes das tribos entendem como lucrativo proteger as caravanas mercantis, estas não têm estruturas militares e políticas para crescer, desenvolver e fazer cumprir os direitos de propriedade⁷⁵.

North, neste contexto, indaga o que seria necessário para promover a interação humana a partir das instituições e, na sequência, afirma que os indivíduos veem como vantajosa a cooperação com outros *players* quando o jogo é repetido, quando têm acesso a informações completas sobre a performance dos outros *players* no passado, e quando há também um número reduzido de outros *players* no jogo⁷⁶.

Nestas condições, pelo fato de ser vantajosa, a cooperação ocorre de forma facilitada. Diferentemente, quando o jogo não é repetido, quando o acesso às informações dos outros jogadores é restrito e quando há um grande número de *players* a cooperação se torna difícil, aumentando os custos de transação e, dificultando o desempenho econômico⁷⁷.

Esses custos de transação, de acordo com Williamson são diferentes dos custos de produção, que tem sido objeto de preocupação da análise neoclássica. São equivalentes às fricções (ou desgastes) nos sistemas físicos⁷⁸. Existem *ex ante* e *ex post* à uma contratação.

Os custos de transação *ex ante* são representados pela elaboração, pelas negociações, pela proteção e pelos acordos. Esta fase pode ocorrer com grande cautela, hipótese em que será elaborado um documento complexo, que preverá inúmeras contingências e as formas de solucioná-las, previstas, de antemão, pelas partes contratantes. Pode também este documento ser incompleto, devendo ser preenchido pelo acordo entre as partes, tão logo surjam as contingências⁷⁹.

Na primeira hipótese, os custos de transação ocorrem na elaboração do contrato. As partes terão maior dispêndio na elaboração do contrato, e em contrapartida, terão garantidas as formas de solucionar as possíveis contingências advindas da contratação. No segundo caso, de modo diverso, os custos de transação para a elaboração do contrato podem ser inferiores aos da primeira hipótese. Porém, a partir do momento em que surgir uma contingência, incidirão novos custos de transação para a resolução do problema.

⁷⁵ NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 104.

⁷⁶ Ibid. p. 98-105.

⁷⁷ Ibid. p. 98.

⁷⁸ WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, 1985. p. 19.

⁷⁹ Ibid. p. 20.

Os custos de transação *ex post*, por sua vez, incidem no contrato de formas diversas. Ensina Williamson que estes custos incluem aqueles decorrentes de quando as transações tomam rumo diverso do original, aqueles decorrentes da barganha derivada dos esforços *ex post* para corrigir desalinhamentos na contratação, os custos de instalação e funcionamento, associados às estruturas do governo às quais se referem as disputas e, por último, os custos de ligação para efetuar compromissos seguros⁸⁰.

Os custos de transação são sempre avaliados de uma forma comparativa, de forma que o negócio mais viável e lucrativo será aquele que conta com custos de transação menores. Ainda, se os custos de transação forem altos, podem inviabilizar a negociação, prejudicando a ocorrência das trocas de mercado.

As instituições, neste contexto, aliadas à tecnologia empregada, determinam os custos de transação, na medida em que instituições eficientes aumentam os benefícios das soluções cooperativas, fazendo com que os ganhos potenciais tornem a troca realizável. North considera tanto as instituições políticas como as instituições econômicas essenciais para uma efetiva matriz institucional⁸¹. E essa matriz institucional, prossegue afirmando, “consiste em uma *web* interdependente de instituições e, conseqüentemente, de organizações políticas e econômicas que são caracterizadas por retornos massivos e crescentes”⁸². Isto significa que as organizações garantem sua existência pelas oportunidades fornecidas pelo quadro institucional.

Em estudo a respeito das diferenças entre as nações ricas e pobres, Mancur Olson Jr. após analisar os limites da riqueza e da pobreza e questões como o acesso ao conhecimento produtivo, a superpopulação, as imigrações e a qualidade de capital humano e de cultura, afirma que a única explicação plausível para a grande diferença entre a riqueza das nações se deve principalmente à qualidade de suas instituições de suas políticas econômicas, aptas a fornecer uma estrutura de incentivos que possibilite o desenvolvimento⁸³.

Dentre as instituições consideradas importantes para o desenvolvimento econômico, destaca-se o sistema de justiça de uma nação, compreendido pelos sistemas jurídico e legal. A importância dos sistemas legais e judiciais já foi destacada por Olson e North, ao entenderem

⁸⁰ WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, 1985. p. 21.

⁸¹ NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 98.

⁸² Ibid. p. 109, tradução nossa.

⁸³ OLSON JR, Mancur. Big Bills Left on the Sidewalk: Why Some Nations are Rich, and Others Poor. **Journal of Economic Perspectives**, v. 10, n. 2, p. 3-24, spring 1996. p. 19.

que a garantia dos contratos⁸⁴ e a proteção dos direitos de propriedade constituem fator essencial para o desenvolvimento⁸⁵.

North destaca que as regras formais (restrições formais) podem complementar ou melhorar a efetividade das restrições informais⁸⁶. Nesta linha, Ejan Mackaay ao analisar a “*contract law*” traz um exemplo de como os sistemas legal e judicial, como instituições fundamentais ao desenvolvimento econômico, passam a ter importância⁸⁷. Inicia o capítulo a respeito dos contratos, narrando a situação da compra de maçãs em uma banca. Neste caso o autor teve interesse em adquirir as maçãs naquele momento e pagou o preço ofertado em troca das frutas. Para o vendedor, o dinheiro, na verdade, o que ele poderia comprar com o dinheiro, vale mais do que as frutas e para o autor, o oposto.

Na sequência, afirma que as coisas podem ficar mais complicadas a partir do momento em que as duas partes não executam suas obrigações de forma simultânea, ou seja, quando suas prestações ocorrem em espaços separados pelo tempo. Traz como exemplos a venda de uma safra, a exportação via navios ou aviões, o sistema de franquias, os contratos de prestação de serviços futuros, entre outros. Nestes casos, a lei tem um papel significativo a ser desempenhado.

Partindo-se da força inicial da tomada de decisões pela barganha, a função das regras é a de facilitar as trocas, sejam elas políticas ou econômicas. A existência de uma estrutura de direitos e o instrumental necessário para garanti-los define a existência de oportunidades de maximização do bem-estar dos indivíduos⁸⁸.

Armando Castelar Pinheiro em seu estudo sobre o Poder Judiciário e Economia no Brasil, assevera que as leis relacionadas à atividade econômica desempenham quatro funções essenciais. A primeira delas está relacionada à garantia dos direitos de propriedade. A segunda, por sua vez, está voltada a estabelecer regras para a negociação destes direitos. A terceira estabelece regras para entrada e saída do mercado e, por fim, a quarta, promove a competição e regula a conduta dos agentes nos setores nos quais prevalecem os monopólios⁸⁹.

⁸⁴ OLSON JR, Mancur. Big Bills Left on the Sidewalk: Why Some Nations are Rich, and Others Poor. **Journal of Economic Perspectives**, v. 10, n. 2, p. 3-24, spring 1996. p. 6.

⁸⁵ NORTH, Douglass C. Transaction Costs, Institutions, and Economic Performance. **International Center for Economic Growth**, n. 30, 1992. Series Occasional papers. p. 8.

⁸⁶ Id. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 46.

⁸⁷ MACKAAY, Ejan. **Law and Economics for Civil Law Systems**. Cheltenham: Edward Elgan Publishing Limited, 2013. p. 413.

⁸⁸ NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 47.

⁸⁹ CASTELAR, Armando. **Judiciário e Economia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edlestein de Pesquisas Sociais, 2009. p. 3.

Ocorre que, segundo o autor, independentemente da qualidade da legislação existente em cada país, um conjunto de leis não possui condições de se sustentar em si mesmo, ou seja, prescinde de um aparato institucional apto a atribuir-lhe eficácia, resolvendo as disputas de forma segura e eficiente. Neste sentido, “os tribunais desempenham um papel central nas economias de mercado, garantindo que o império do Direito de fato vigore”⁹⁰.

David M. Trubek também enfatiza a importância do papel do direito nas economias de mercado, ao considerar que as instituições de mercado, como por exemplo o contrato e o direito de propriedade privada, “são necessárias para o crescimento econômico e considera o direito moderno essencial para a criação e manutenção dos mercados”⁹¹.

Destaca o autor que a ênfase recai sobre o aspecto da previsibilidade do direito, que serve como estímulo para que os indivíduos se empenhem em novas formas de atividade econômica, na medida em que garante que os frutos dessa atividade serão protegidos. Assim, os indivíduos têm a garantia de que “suas decisões terão o apoio da autoridade estatal e que suas aquisições serão protegidas da pilhagem de outros”⁹².

As regras legais, neste aspecto, funcionam como incentivos ou como uma forma de inibir condutas. Assim, os atos praticados pelos agentes são pautados pela lei, cabendo a estes o conhecimento prévio das regras do jogo que, para promover uma negociação, devem ser claras e precisas. Desta forma, o correto funcionamento de um sistema econômico depende, fundamentalmente, da criação das leis e do Poder Judiciário, a quem compete assegurar o seu cumprimento⁹³.

A ineficiência do Poder Judiciário, por seu turno, não reflete apenas na injustiça contra os menos favorecidos, mas também no desempenho econômico, ao apresentar custos elevados. O impacto desta ineficiência pode ser verificado no progresso tecnológico, na eficiência das firmas, no investimento e na qualidade da política econômica⁹⁴.

O progresso técnico se mostra gravemente afetado pela ineficiência da justiça, na medida em que é um bom sistema legal e judicial que garante os direitos de propriedade

⁹⁰ CASTELAR, Armando. **Judiciário e Economia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edlestein de Pesquisas Sociais, 2009. p. 3.

⁹¹ TRUBEK, David. M. Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito e desenvolvimento**: presente, passado e futuro: textos selecionados de David M. Trubek. Tradução Pedro Maia Soares, José Rafael Zullo e José Rodrigo Rodriguez. Revisão José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 60.

⁹² Ibid. loc. cit.

⁹³ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Previsibilidade das decisões judiciais como fator de desenvolvimento. **Revista da Ajuris**, v. 40, n. 132, p. 167-184, dez. 2013. p. 175.

⁹⁴ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e Economia num mundo globalizado: Cooperação ou Confronto? **Texto para discussão**, Rio de Janeiro, n. 963, jul. 2003. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0963.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2014. p. 9.

intelectual. O respeito à propriedade intelectual estimula a pesquisa e investimentos em pesquisa e desenvolvimento⁹⁵.

Além disso, a difusão do conhecimento não apenas científico, mas também gerencial e de marketing dependem de transações econômicas e de investimentos. Conforme destaca Hammes, reconhecer um direito de propriedade industrial, em especial o uso de uma marca, por exemplo, é antes de tudo, uma questão de respeito. O progresso de um país apresenta-se diretamente relacionado com o grau de proteção que se tem dado aos sinais distintivos⁹⁶.

Outro aspecto que insta ser mencionado é a ausência de informação dos pesquisadores quanto aos mecanismos existentes para a proteção da sua marca. Embora tais mecanismos ainda estejam em desenvolvimento, é imprescindível que aquele que cria um sinal distintivo a fim de representar determinado produto ou categoria de produtos saiba como proteger sua marca, haja vista que o depósito do pedido de registro pode garantir ao seu depositário a proteção necessária a fim de se coibir a prática de crimes contra a propriedade industrial.

Ademais, a não difusão do conhecimento acerca dos mecanismos de proteção disponíveis pelo INPI e a consequente falta de esclarecimento por parte da população, traz imensuráveis prejuízos para o desenvolvimento do país, que por sua vez, deixa de arrecadar *royalties* com os produtos decorrentes das marcas, ficando assim, vulnerável a outros países que possuem um sistema protetivo eficiente⁹⁷.

Armando Castelar Pinheiro destaca, ainda, que a qualidade de um sistema legal e judicial “influencia uma série de fatores que determinam a eficiência de uma economia”⁹⁸, como por exemplo um sistema precário pode distorcer o sistema de preços ao introduzir risco jurídico, que incidirá de forma não uniforme nos vários mercados de bens e serviços, diminuindo a eficiência alocativa da economia.

Do mesmo modo, o fato dos contratos não serem eficientemente garantidos pode fazer com que empresas decidam por não executar determinados negócios, deixando de explorar economias de escala, e não alocar sua produção entre clientes e mercados da melhor forma⁹⁹.

Ainda, há que se destacar que um bom Poder Judiciário influencia nos contratos em aberto, que pelo fato de serem muitas vezes incompletos, dada a impossibilidade de antever

⁹⁵ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e Economia num mundo globalizado: Cooperação ou Confronto? **Texto para discussão**, Rio de Janeiro, n. 963, jul. 2003. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0963.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2014. p. 9.

⁹⁶ HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 30.

⁹⁷ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; SACCO, Fábila dos Santos. A proteção do depositante do pedido de registro de marcas e patentes perante o INPI. **Ciências sociais aplicadas em revista**, Cascavel, 2014. No prelo.

⁹⁸ PINHEIRO, Armando Castelar. op. cit. p. 10.

⁹⁹ Ibid. loc. cit.

todas as contingências que eventualmente surgiriam durante o cumprimento contratual, precisam de uma posição eficiente do Poder Judiciário, que respeite o espírito original da avença.

A propósito, destaca Williamson que contratos complexos são invariavelmente incompletos, e muitos são mal-adaptativos. As razões são duas: muitas das contingências são imprevisíveis, e as adaptações a essas contingências que foram reconhecidas por ajustes que foram acordados são muitas vezes confundidos - possivelmente porque as partes adquiriram um conhecimento mais profundo da produção e da demanda durante as execuções dos contratos do que possuíam no início. O preenchimento de lacunas instrumentais se configuram como uma parte importante da execução do contrato. Ou tudo é feito de forma fácil e eficaz ou, ao invés, são atingidos sucessivos acordos sobre as adaptações e suas implementações, o que é caro e faz uma enorme diferença na avaliação da eficácia dos contratos¹⁰⁰.

Um sistema de justiça que não funciona bem pode refletir negativamente na política econômica. Armando Pinheiro, neste caso, traz o exemplo da lentidão das execuções fiscais que têm como objetivo a cobrança de impostos. Nestes casos, o Estado acaba recorrendo a impostos de pior qualidade, mas de mais fácil arrecadação, como é o caso da CPMF. Afirma que “em países nos quais os sistemas legal e judicial não apresentam bom desempenho, a política econômica tende a ser mais intervencionista, comprometendo a eficiência e o crescimento econômico”¹⁰¹.

No Brasil, este autor em pesquisa empírica realizada no ano de 2000 pelo IDESP (Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo) com empresas de médio de grande porte, com mais de 50 (cinquenta) funcionários, sendo que ao total, foram entrevistadas 300 (trezentas) empresas, que foram escolhidas através de um processo de dupla estratificação, a partir das 3.000 (três mil) empresas relacionadas pelo jornal de negócios da Gazeta Mercantil¹⁰², e que teve como objetivo averiguar a opinião dos empresários sobre o desempenho do Poder Judiciário, constatou que o mau funcionamento do sistema de justiça interfere no desempenho econômico¹⁰³.

¹⁰⁰ WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, 1985. p. 178.

¹⁰¹ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e Economia num mundo globalizado: Cooperação ou Confronto? **Texto para discussão**, Rio de Janeiro, n. 963, jul. 2003. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0963.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2014. p. 11.

¹⁰² Ibid. p. 12.

¹⁰³ CASTELAR, Armando. **Judiciário e Economia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edlestein de Pesquisas Sociais, 2009. p. 56.

Dos entrevistados, 50.2% acreditam que o mau funcionamento do Poder Judiciário prejudica seriamente a economia, 45.9% acreditam que prejudica um pouco e apenas 3.9% acreditam que o mau funcionamento do Poder Judiciário em nada interfere na economia do país. Em relação à indagação se o mau funcionamento do Poder Judiciário prejudica o desempenho da empresa, 25.4% afirmaram que prejudica seriamente, 66.3% afirmaram que prejudica um pouco e apenas 7.5% afirmaram que não há qualquer interferência¹⁰⁴.

A pesquisa relata que “aproximadamente metade dos entrevistados achou que o desempenho insuficiente do Poder Judiciário levava os bancos a aumentarem seus *spreads*”, bem como “as empresas a não implementarem ou a diminuïrem o tamanho de muitos de seus projetos de investimento, e a não terceirizarem atividades diretamente relacionadas ao processo produtivo”. Em relação à interferência no desempenho da firma, os empresários entendem que o mau funcionamento do Poder Judiciário afeta decisões relativas com quem negociar, empregar ou não mais capital humano e ainda, negociar ou não com o setor público¹⁰⁵.

À luz desta pesquisa, o que se verifica é que um bom sistema de justiça é de extrema importância para que os indivíduos possam fazer investimentos com segurança, contribuindo, assim, para o desenvolvimento da nação. Um Poder Judiciário eficiente e funcional, que assegura a correta aplicação das leis, e a garantia dos direitos de propriedade, reduz os custos de transação e, como consequência, contribui para a formação de um ambiente seguro e estável, estimulando os agentes econômicos a realizarem negócios.

É, do mesmo modo, importante para contribuir na redução da insegurança e instabilidade das políticas, ao garantir o cumprimento de compromissos legislativos e constitucionais, limitando o arbítrio governamental¹⁰⁶.

Partindo desta percepção, o Banco Mundial, no Documento Técnico n. 319, de 1996, que tratou do Setor Judiciário na América Latina e no Caribe, trazendo a problemática e elementos para a reforma no que se refere à independência do Poder Judiciário, bem como à sua administração, às recomendações aos Códigos de Processo e a questão do acesso à justiça, e ainda, recomendações ao ensino jurídico e treinamento dos aplicadores da lei e serventuários da justiça e aos conselhos profissionais de advogados, concluiu que:

¹⁰⁴ CASTELAR, Armando. **Judiciário e Economia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edlestein de Pesquisas Sociais, 2009. p. 56.

¹⁰⁵ Ibid. p. 67-68.

¹⁰⁶ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e Economia num mundo globalizado: Cooperação ou Confronto? **Texto para discussão**, Rio de Janeiro, n. 963, jul. 2003. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0963.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2014. p. 11.

[...] o objetivo desses projetos é o de prover um serviço eficiente, igualitário, respeitado e valorizado pela comunidade. A economia de mercado demanda um sistema jurídico eficaz para governos e o setor privado, visando solver os conflitos e organizar as relações sociais. Ao passo que os mercados se tornam mais abertos e abrangentes, e as transações mais complexas as instituições jurídicas formais e imparciais são de fundamental importância. Sem estas instituições, o desenvolvimento no setor privado e a modernização do setor público não será completo. Similarmente, estas instituições contribuem com a eficiência econômica e promove o crescimento econômico, que por sua vez, diminui a pobreza. A reforma do judiciário deve especialmente ser considerada em conjunto quando contemplada qualquer reforma legal, uma vez que sem um judiciário funcional, as leis não podem ser garantidas de forma eficaz. Como resultado, uma reforma racional do Judiciário pode ter um tremendo impacto no processo de modernização do Estado dando uma importante contribuição ao desenvolvimento global¹⁰⁷.

Em uma realidade em que os custos de transação são positivos, a importância das instituições para o desenvolvimento econômico é, segundo a linha adotada no presente estudo, indiscutível. Os países desenvolvidos têm em comum um conjunto de instituições sólidas e eficientes, aptas a proporcionar bons sistemas de governança, além de transmitirem a necessária segurança e confiabilidade aos agentes.

A propósito, Geraldo Ataliba afirma que o Direito é, acima de tudo, instrumento de segurança, na medida em que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, viabilizando a vida em sociedade. Quanto mais segura é uma sociedade, mais civilizada ela será. A segurança, segundo o autor está relacionada à certeza que as pessoas têm de que um direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado e dos demais cidadãos dele não discrepam¹⁰⁸.

O sistema de justiça, como instituição, compreendido pelos sistemas legal e judicial, desempenha um papel de extrema relevância neste contexto, na medida em que é responsável pela criação e aplicação de leis de forma eficaz. Atua, principalmente, na garantia de cumprimento dos contratos e na proteção dos direitos de propriedade, propiciando o ambiente seguro aos agentes e, portanto, favorável às trocas que contribuem para o desenvolvimento econômico.

¹⁰⁷ DAKOLIAS, Maria. O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma. Tradução Sandro Eduardo Sardá. **Documento Técnico Número 319**, Washington, D.C., jun. 1996. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2014. p. 61.

¹⁰⁸ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 180-181.

2.3 SEGURANÇA JURÍDICA: COGNOSCIBILIDADE, CONFIABILIDADE E PREVISIBILIDADE (RELATIVA) DO SISTEMA DE JUSTIÇA

Na seção precedente buscou-se demonstrar a importância do sistema de justiça, como uma das instituições essenciais para o desenvolvimento econômico, na medida em que atua como incentivador de condutas dos agentes econômicos que precisam de um ambiente seguro e favorável à realização das trocas, para que possam desenvolver suas atividades.

A segurança jurídica está intrinsecamente relacionada ao planejamento da vida humana. As regras que disciplinam a convivência humana devem ser claras e acessíveis a todos, para que os indivíduos tenham condições de viver juntos e realizar suas trocas com eficiência. Além disso, estas regras precisam ser asseguradas por um sistema de justiça apto a garantir a proteção dos direitos no caso de eventuais violações.

Este sistema de justiça e, em especial o Poder Judiciário, como aplicador da lei, deve funcionar de maneira eficiente, atingindo os objetivos que lhes são esperados. Neste aspecto, Armando Pinheiro alerta para o fato de que é preciso que sejam definidos critérios para que se possa averiguar se um Poder Judiciário preenche as características necessárias para que seja concebido como uma instituição que funciona eficientemente, ou seja, para que se possa avaliar o que é um bom Poder Judiciário. Afirma que definições genéricas, no sentido de que um bom Poder Judiciário deve ser acessível a todos e promover uma solução justa, a baixo custo a toda a sociedade, não se prestam a definir o que seria um bom Poder Judiciário¹⁰⁹.

E, adotando a proposta de Sherwood, sugere que um bom Poder Judiciário deve ser avaliado a partir de critérios como garantia de acesso, previsibilidade e presteza dos resultados, além de remédios adequados¹¹⁰. Neste aspecto, considera-se que um bom Poder Judiciário é aquele seguro, em termos de cognoscibilidade, confiabilidade e previsibilidade (relativa), e eficiente, no sentido que com a esperada qualidade de uma decisão judicial, solucionar de modo adequado à controvérsia, sem que se perca o objeto inicial da lide.

O direito é visto como o conjunto de meios que assegura aos indivíduos escolher e atingir os fins desejados. Em outras palavras, a função do direito é a de garantir a clareza de acesso e o cumprimento das regras do jogo para o desenvolvimento das relações de mercado. Neste contexto, revelam-se de fulcral importância a estabilidade, a reconstituição da ordem e a afirmação da segurança jurídica. Para emprestar eficácia a esse universo valorativo, não

¹⁰⁹ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e Economia num mundo globalizado: Cooperação ou Confronto? **Texto para discussão**, Rio de Janeiro, n. 963, jul. 2003. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0963.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2014. p. 4.

¹¹⁰ Ibid. loc. cit.

basta que o Poder Judiciário resolva os conflitos com base na lei, sendo imprescindível que as decisões, uma vez tomadas, sejam estáveis e imutáveis¹¹¹.

Humberto Ávila, examina a segurança jurídica na qualidade de uma norma jurídica da espécie princípio, ou seja, como uma prescrição dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, “que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade”¹¹².

Relata, no decorrer de sua análise, que o Supremo Tribunal Federal já declarou mais de uma vez, a hierarquia constitucional do princípio da segurança jurídica, trazendo à evidência a afirmação do Ministro Gilmar Mendes no sentido de que o princípio da segurança jurídica é dotado de hierarquia constitucional, encontrando expressão no próprio princípio do Estado de Direito¹¹³.

Afirma o autor que a segurança pode ser verificada quanto ao fim, em uma perspectiva dinâmica e temporal e com vista ao futuro. Quanto ao fim, estabelece que “a segurança jurídica exige a elevada capacidade do cidadão de compreender os sentidos possíveis de um texto normativo, a partir de núcleos de significação a serem reconstruídos por meio de processos argumentativos intersubjetivamente controláveis”¹¹⁴.

Ao invés de se falar em determinabilidade, por ser uma exigência muito restrita, usa-se um termo mais amplo, que seria cognoscibilidade ou compreensibilidade, como esta “capacidade formal dos cidadãos de conhecerem os conteúdos normativos possíveis de um dado texto normativo ou de práticas argumentativas destinadas a reconstruí-lo”¹¹⁵.

Justifica o uso da cognoscibilidade por uma questão de indeterminação da linguagem. “Não há como sustentar que esta última possa apresentar significados totalmente prontos antes mesmo de se iniciar a atividade interpretativa.” Desta forma, afirma que a ideia de cognoscibilidade deve ser reconhecida como “a capacidade de o contribuinte ter acesso

¹¹¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 37.

¹¹² ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica** – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 118.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.959-7/SP**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2014; no mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem em Petição nº 2.900-3/RS**. Segunda Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ 01/08/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86525>>. Acesso em: 21 out. 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.268-0/MG**. Tribunal Pleno. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. DJ 17/09/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>>. Acesso em: 21 out. 2014; e ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica** – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 196.

¹¹⁴ ÁVILA, Humberto. op. cit. p. 129.

¹¹⁵ Ibid. loc. cit.

material e intelectual ao conceito normativo, ainda que se saiba que esse conceito, embora apresente um halo de certeza ou núcleo de significação” possa apresentar certa margem de indeterminação¹¹⁶.

Em uma perspectiva dinâmica e temporal, a segurança jurídica estaria relacionada à confiabilidade, “como a proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e de cláusulas de equidade”¹¹⁷. Neste sentido, a confiabilidade se relaciona à proteção das expectativas a respeito de situações já concretizadas e, na hipótese de uma mudança – pois o autor diferencia claramente que não se defende a imutabilidade, como estagnação do Direito – defende que ocorra de forma não violenta. Afirma que o Direito deve se adaptar à nova realidade, mas de forma gradual, sob pena de ser “um freio à própria atividade econômica”¹¹⁸.

Não se pretende sustentar, portanto, a estagnação e completa imutabilidade do direito. Mas sim, que as mudanças devem ocorrer apenas quando necessário e não de forma drástica. O ambiente da mudança deve ser cuidadosamente estudado e a decisão ensejadora da mudança devidamente fundamentada, considerando todas as peculiaridades que envolvem o caso e, principalmente, aquelas já concretizadas com o transcurso do tempo.

Neste mesmo sentir, Luiz Guilherme Marinoni concebe a estabilidade, como uma das dimensões objetivas da segurança jurídica. Afirma a necessidade de que a ordem jurídica, compreendida pelas leis e pelas decisões judiciais tenha estabilidade, com um mínimo de continuidade. Esta continuidade deve ser verificada tanto no direito legislado, como também às decisões judiciais, pois “pouco adiantaria ter legislação estável e, ao mesmo tempo, frenética alternância das decisões judiciais”¹¹⁹.

Por fim, a segurança jurídica com vista ao futuro, está diretamente relacionada à previsibilidade, como a garantia do direito “de o particular, com exatidão, conhecer, hoje, o Direito de amanhã, antecipando o conteúdo da decisão futura que irá qualificar juridicamente o ato hoje praticado”¹²⁰.

Trata-se da possibilidade dos agentes, munidos da cognoscibilidade a respeito do conteúdo jurídico existente, em termos de normas e da sua aplicação, calcularem os efeitos de suas condutas. Assim, é possível, a partir da previsibilidade de um sistema de justiça, que os

¹¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica** – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 256.

¹¹⁷ Ibid. p. 130.

¹¹⁸ Ibid. p. 131.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 128.

¹²⁰ ÁVILA, Humberto. op. cit. loc. cit.

indivíduos tenham condições de estudar a viabilidade de determinado negócio ou, em outras palavras, os custos de transação *ex ante* e *ex post* que incidem sobre determinada prática negocial. É, portanto, característica essencial de um sistema de justiça que participe do processo de desenvolvimento econômico de uma nação.

Marinoni, a respeito efetividade do sistema jurídico em sua dimensão de capacidade de permitir a previsibilidade, afirma que um sistema jurídico que não permite previsões e qualificações dos conteúdos normativos, não tem o condão de transmitir segurança aos cidadãos, não podendo sobreviver enquanto tal¹²¹. Não pode, inclusive, ser qualificado como um ordenamento jurídico. “Desta forma, a ideia de ‘certeza do direito’ visivelmente representa um componente indispensável da essência do próprio direito”.

E prossegue afirmando que:

[...] se é certo que não há como prever uma consequência se não houver acordo acerca da qualidade da situação em que se insere a ação capaz de produzi-la, também é incontestável que esta depende [...] da possibilidade da sua compreensão em termos jurídicos e da confiabilidade naqueles que detêm o poder para afirmá-la¹²².

Assim, sustenta o autor que “a previsibilidade requer a possibilidade de conhecimento das normas com base nas quais a ação poderá ser qualificada”, ou seja, a previsibilidade exige a cognoscibilidade¹²³.

Esta percepção de que a previsibilidade – relativa, no entendimento de Humberto Ávila – perfaz elemento indispensável a um bom sistema de justiça já foi objeto de análise por Max Weber, no seu estudo sobre os motivos que levaram à ascensão do capitalismo e da civilização industrial. Sua preocupação era tentar explicar porque se desenvolveram primeiramente na Europa. Por acreditar que este direito europeu era dotado de características especiais que conduziriam à ascensão do capitalismo, buscou demonstrar a singularidade da ordem jurídica no ocidente¹²⁴.

A partir destas observações, concluiu que o sistema de justiça europeu era dotado de racionalidade e que quanto mais racional fosse o sistema, mais conducente de um sistema industrial capitalista ele seria. Percebeu, também, que os sistemas jurídicos europeus eram

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 124-125.

¹²² Ibid. loc. cit.

¹²³ Ibid. p. 121-122.

¹²⁴ TRUBEK, David. M. Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito e desenvolvimento**: presente, passado e futuro: textos selecionados de David M. Trubek. Tradução Pedro Maia Soares, José Rafael Zullo e José Rodrigo Rodriguez. Revisão José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 68.

mais racionais do que os sistemas jurídicos das outras civilizações e que este sistema jurídico racional existia na Europa antes do desenvolvimento econômico industrial, tendo, ao final, chegado à conclusão de que o sistema jurídico europeu, por ser dotado de racionalidade jurídica, era um dos fatores responsáveis pela ascensão do capitalismo na Europa¹²⁵.

E esta racionalidade, como explica David M. Trubek é composta por três subvariáveis. A primeira delas é a de que para ser racional, o sistema jurídico deve ser dotado de autonomia em relação às outras esferas da sociedade. Na sequência, deve formular e executar normas conscientemente elaboradas e, por fim, que sejam estas normas aplicadas de forma coerente em todos os casos semelhantes¹²⁶.

Assim, em sua sociologia econômica, Weber concluiu que o sistema jurídico racional, como sistema normativo, tinha características essenciais ao sistema industrial que surgiu no Ocidente, na medida em que um sistema jurídico racional é altamente previsível, apto a gerar certas previsões substantivas necessárias para o sistema industrializado¹²⁷.

Conforme salienta Teresa Arruda Alvim, citando R. C. Van Caenegem, “saber das regras do jogo antes do começo da partida significa que: ‘pessoas não devem ser tratadas como animais, que descubrem que algo é proibido quando o bastão alcança seu nariz’”¹²⁸ e, na sequência, transcreve trecho do autor americano Albert Kocourek, escrito na década de 1927, sobre os perigos de uma jurisprudência privada de previsibilidade¹²⁹.

Segundo o autor interpretado por Arruda Alvim, os males gerados pela incerteza de regras jurídicas são muitos, afetando primordialmente os negócios comerciais que frequentemente não são concluídos até que as partes tenham certeza dos riscos jurídicos envolvidos e de que forma e em que medida podem ser evitados, resultando, principalmente, em perda econômica, com despesas jurídicas. Enumera ainda o estímulo à litigiosidade nos casos duvidosos, a possibilidade de uma transação não ocorrer devido ao ambiente de incerteza jurídica, a influência negativa na força moral do direito, bem como na uniformidade

¹²⁵ TRUBEK, David. M. Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito e desenvolvimento**: presente, passado e futuro: textos selecionados de David M. Trubek. Tradução Pedro Maia Soares, José Rafael Zullo e José Rodrigo Rodriguez. Revisão José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 68.

¹²⁶ Ibid. loc. cit.

¹²⁷ Ibid. p. 70.

¹²⁸ CAENEGEM, R. C. Van. **Judges, Legislators & Professors**. Chapters in European Legal History. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 161 apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução no Direito. In: _____ (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 32.

¹²⁹ KOCOUREK, Albert. **An introduction to the science of law**. Boston: Little, Brown and Company, 1927. p. 178-179 apud WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução no Direito. In: _____ (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 34.

nos casos de incerteza do direito e, por fim, que quando o direito não é dotado de certeza, o governo passa a ser dos homens, e não das leis¹³⁰.

A segurança jurídica está relacionada tanto à segurança das normas, já que a cognoscibilidade dirige-se ao ordenamento jurídico em geral¹³¹, bem como à sua aplicação, que para gerar segurança, deve ocorrer de forma uniforme e não arbitrária, o que se refere à confiabilidade e à previsibilidade (relativa). Esta segurança depende de elementos argumentativos, que dizem respeito ao uso de estruturas claras e objetivas de raciocínio, o que ocorre quando o julgador parte de premissas esclarecidas e fundadas no ordenamento jurídico, devidamente construídas e organizadas de acordo com critérios racionais de argumentação¹³². Depende também de elementos processuais, relacionados ao procedimento administrativo ou judicial necessário à aplicação de determinada norma, ou seja, que considera a ampla defesa e o contraditório, bem como a garantia de fundamentação escrita e a lógica das decisões¹³³.

É uma das faces do princípio da proteção da confiança, implícito do sistema brasileiro, que decorre do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º.). Em decorrência deste princípio, os tribunais não podem frustrar as expectativas dos indivíduos depositadas na continuação de uma jurisprudência que tenha por fundamento uma convicção jurídica legal. Deve, portanto, o Poder Judiciário, respeitar sua jurisprudência, garantindo aos indivíduos segurança jurídica quanto à legalidade e ilegalidade dos negócios que realiza, em harmonia com a norma legislada e a norma julgada. Este respeito funciona como uma bússola, direcionando o caminho a ser perseguido pelos jurisdicionados. Do contrário, o desrespeito a esta continuidade, os deixaria totalmente desorientados¹³⁴.

Nesta conjuntura, a devida aplicação dos dispositivos de lei por parte dos órgãos julgadores – nas esferas administrativa e judicial –, a uniformização de entendimentos a respeito de um determinado assunto, compreendida, neste caso, na aplicação da jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal por parte dos Tribunais Federais e dos Estados e, principalmente, pelos juízes de primeira instância, e a manutenção da estabilidade da jurisprudência, contribuem para a previsibilidade de um sistema de justiça.

¹³⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução no Direito. In: _____ (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 33.

¹³¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica** – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 147.

¹³² Ibid. p. 148.

¹³³ Ibid. p. 149.

¹³⁴ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 574.

A propósito, Humberto Ávila destaca que um Estado de Direito caracteriza-se¹³⁵:

[...] pelo ideal de protetividade de direitos e de responsabilidade estatal, somente atingido por meio de um ordenamento inteligível, confiável e previsível: a atividade estatal não é fundada e limitada pelo Direito se os poderes e se os procedimentos não são previstos, estáveis e controláveis (segurança do Direito); ainda, os direitos fundamentais não são minimamente efetivos se o cidadão não sabe previamente dentro de que limites pode exercer plenamente a sua liberdade (segurança de direitos) e se não há instrumentos que possam assegurar as suas expectativas (segurança pelo Direito) e atribuir-lhes eficácia no caso de restrições injustificadas (segurança frente ao Direito). Se o Estado de Direito é a proteção do indivíduo contra a arbitrariedade, somente um ordenamento acessível e compreensível pode desempenhar essa função.

Em outras palavras, cabe ao Estado o dever de garantir a previsibilidade, ou seja, de responder à confiança do cidadão em relação às suas expectativas de conduta perante a sociedade¹³⁶. Segundo Teresa Arruda Alvim, “trata-se de um fenômeno que produz tranquilidade e serenidade no espírito das pessoas, independentemente daquilo que se garanta como provável de ocorrer como valor significativo”¹³⁷.

Tecidas estas considerações, assume-se que um sistema de justiça, na qualidade de instituição eficiente e necessária ao desenvolvimento econômico, deve ser dotado de segurança jurídica, em termos de cognoscibilidade, confiabilidade e previsibilidade. Somente um sistema de justiça que preencha a estes requisitos estará apto a garantir aos indivíduos o exercício regular de seus direitos e a proteção contra as arbitrariedades estatais.

Nos sistemas de tradição do *common law* a segurança jurídica está baseada no sistema de precedentes judiciais, em que se busca, por meio de uma racionalidade, garantir a coerência das decisões. A limitação ao julgador, neste caso, é imposta pela vinculação aos precedentes, sem que lhe seja permitido contrariar decisões anteriores a respeito de determinada questão.

Nos sistemas que seguem a tradição do *civil law* a segurança jurídica estaria garantida pela codificação do direito. Assim, um direito codificado e acessível aos indivíduos teria o condão de transmitir a segurança jurídica, garantindo a previsibilidade no direito. Os juízes estão vinculados à aplicação da lei, já prevista e determinada.

¹³⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica** – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 213.

¹³⁶ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante – Necessidade da aplicação conjunta dos dois institutos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 678.

¹³⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 58-60.

Ocorre que a pretensão do direito codificado de abarcar todas as contingências da vida humana revelou-se frustrada. A sociedade está em constante transformação e exige que novos fatos da vida social sejam regulados pelo direito, abrindo-se margem para a interpretação dos dispositivos já existentes.

O infortúnio desta prática é de que, na medida em que se atribui certa margem de liberdade ao Magistrado para decidir questões novas, pode gerar decisões divergentes a respeito de uma mesma matéria. Esta liberdade de decidir, aliada às preferências pessoais e políticas dos julgadores em um ambiente em que não há vinculação com as decisões já existentes, gera, indiscutivelmente, insegurança jurídica.

No Brasil, um dos principais problemas que comprometem o bom funcionamento do Poder Judiciário é o relacionado à instabilidade das decisões judiciais. Adotou-se as diretrizes estabelecidas pelo *civil law*, atribuindo-se ao julgador o poder de interpretar as regras jurídicas codificadas, aplicando-as no caso concreto. O julgador tem, assim, grande poder de interpretação e aplicação das normas codificadas, gerando considerável flexibilidade no poder de decidir.

Além disso, existem diversas situações que são levadas para a apreciação do Poder Judiciário e que não encontram respaldo legal para a solução. Em casos tais, faz-se necessário a aplicação analógica de regras já existentes, cumuladas com os princípios orientadores do direito, na busca pela resposta plausível para a pretensão deduzida em juízo.

Abre-se espaço para a manifestação, muitas vezes involuntárias, das preferências pessoais do magistrado, aliadas a correntes doutrinárias também de sua preferência para embasar seu entendimento. Ademais, há uma crescente corrente que, sem se preocupar com as consequências econômicas, busca a justiça social das decisões judiciais, comprometendo a previsibilidade. Trata-se do ativismo judicial que será objetivo de estudo na seção 4.2.

Neste aspecto, Décio Zylberstajn e Rachel Stajn afirmam que a não neutralidade do magistrado tem duas consequências negativas importantes do ponto de vista da Economia. A primeira delas é que os contratos se tornam mais incertos, na medida em que podem ou não ser respeitados pelos magistrados. Isto dependerá da forma como ele encare a não neutralidade e a posição relativa das partes, o que significa que as transações econômicas ficam mais arriscadas, já que não necessariamente vale o escrito, introduzindo-se prêmios de risco que reduzem salários e aumentam juros, aluguéis e preços em geral¹³⁸.

¹³⁸ ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel (Orgs.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 270.

A segunda consequência é que ainda que a magistratura não esteja comprometida com a representação de interesses, “a não-neutralidade do magistrado significa que ele se alinha claramente com os segmentos sociais menos privilegiados da população”¹³⁹, o que faz com que nos casos em que essa não neutralidade é clara a sistemática, esses segmentos sejam penalizados com prêmios de risco mais altos, ou então apenas alijados do mercado, pois a outra parte sabe que o que foi dito e assinado na hora do contrato dificilmente será respeitado pelo magistrado, que buscará redefinir *ex post* os termos da troca contratada. Isso significa que são exatamente as partes que o magistrado busca favorecer que se tornam as mais prejudicadas por essa não neutralidade¹⁴⁰.

Esta instabilidade resulta tanto na divergência de entendimentos gerada dentro de um mesmo Tribunal, seja entre Câmaras, Seções e Turmas, como também da divergência de interpretação e aplicação do direito já sedimentado nos Tribunais Superiores por parte dos Tribunais Federais e dos Estados. Não bastasse, é possível verificar, ainda, a instabilidade das decisões dentro de um mesmo Tribunal que, por seu turno, não respeita seus próprios precedentes. Neste aspecto, Teresa Arruda Alvim Wambier, afirma que “quando a alteração da jurisprudência tem lugar como decorrência da ‘mudança de opinião’ dos juízes, está-se diante de uma alteração brusca, que inviabiliza de modo definitivo a uniformização, já que impossibilita a estabilização.” E prossegue afirmando que “esta alteração de compreensão do direito decorrente de fatores pessoais é extremamente criticável e nociva, ainda mais porque normalmente ocorre em tribunais superiores, cuja função é justamente orientar os demais órgãos do Poder Judiciário”¹⁴¹.

Ainda que se admita a criação do Direito – e não a invenção do Direito –, em casos difíceis, e, portanto, a mudança da jurisprudência, o juiz tem o dever de fazê-lo de forma harmoniosa ao sistema de justiça como um todo, a fim de se garantir a segurança jurídica. Conforme destaca Teresa Arruda Alvim Wambier em seu estudo dos precedentes e da forma de julgar os *hard cases* “quando se diz que o juiz, ao decidir *hard cases*, cria direito, não se quer com isso significar que ele *invente* o direito [...] O juiz cria: mas tem o dever de fazê-lo de forma *harmônica* ao sistema”¹⁴².

Neil MacCormick no seu estudo sobre a teoria da argumentação jurídica, afirma que as decisões judiciais devem ser justificadas através de um processo de argumentação, no sentido

¹³⁹ ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel (Orgs.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 270.

¹⁴⁰ Ibid. loc. cit.

¹⁴¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução no Direito. In: _____ (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 56.

¹⁴² Ibid. p. 30.

de que o juiz não deve apenas se preocupar com a justiça, mas sim com a justiça de acordo com a lei, o que exige que as decisões judiciais sejam justificadas de acordo com critérios relevantes e que impliquem em um padrão mínimo de certeza do desempenho judicial¹⁴³.

Em um caso em que não existe regra aplicável apta a orientar os rumos da decisão, deve o juiz explicar de forma justificada como atingiu aquela decisão judicial, principalmente diante da existência de um possível conflito de normas. É o que MacCormick denomina de segunda ordem de justificação (*second-order justification*). Este mecanismo implica que as normas possivelmente rivais sejam testadas a partir de sua compatibilidade no contexto com os princípios e as regras gerais já existentes¹⁴⁴.

Primeiro, a nova regra deve ser suportada por argumentos consequencialistas, baseados na percepção da noção do senso comum, da justiça, da conveniência e das políticas públicas, que demonstram a probabilidade de que as regras sejam aceitas no sistema legal¹⁴⁵.

Mas em virtude da insuficiência deste mecanismo, a decisão deve passar por mais dois outros testes: o da consistência e da coerência. O primeiro estabelece que ainda que satisfaça aos requisitos do primeiro teste, somente poderá ser adotada se não estiver em contradição com alguma regra válida e vinculante do sistema. E o segundo requer que mesmo que uma possível forma de decidir satisfaça o teste da consistência, somente poderá ser adotado se de acordo com os princípios e ordenamento jurídico existentes¹⁴⁶. A decisão deve ser tomada em relação a um contexto, considerando-se as demais regras e princípios existentes¹⁴⁷.

Esta coerência diz respeito à necessidade de que múltiplas regras de um sistema jurídico tenham um sentido em seu conjunto¹⁴⁸. É, neste contexto, prejudicial à consistência do sistema de justiça e, por consectário, à segurança jurídica, um sistema em que são proferidas decisões conflitantes entre si a respeito de uma mesma questão.

Existe, portanto, uma patente necessidade de coerência e adequação aos pronunciamentos judiciais, a fim de garantir a necessária previsibilidade (relativa, no entendimento de Humberto Ávila) ao sistema de justiça. Teresa Arruda Alvim Wambier assevera que o fato do homem poder viver de acordo com regras pré-estabelecidas foi uma

¹⁴³ KLOEPFER, Stephen. Book Review: Legal reasoning and legal theory, By Neil MacCormick. **Osgoode Hall Law Journal**, n. 18, v. 4, p. 674-682, 1980. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=2036&context=ohlj>>. Acesso em: 18 set. 2014. p. 676.

¹⁴⁴ Ibid. loc. cit.

¹⁴⁵ Ibid. loc. cit.

¹⁴⁶ Ibid. loc. cit.

¹⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução no Direito. In: _____ (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 30.

¹⁴⁸ MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978. p. 152.

das mais importantes conquistas da civilização, e que o conhecimento a respeito dos padrões de avaliação de sua conduta, independentemente do juízo de valor que a respeito destes padrões possa fazer, satisfaz e tranquiliza. Trata-se exatamente da previsibilidade que deve ser garantida pelo Direito¹⁴⁹.

Um sistema de justiça que garante segurança jurídica, nos vieses ora comentados, fornece com clareza as regras do jogo, proporcionando uma estrutura de incentivos para que os agentes desenvolvam suas atividades, confiantes de que terão ao seu dispor uma instituição sólida e eficaz para a proteção de seus direitos na hipótese de qualquer ameaça de violação, criando, portanto, um ambiente favorável às trocas e, por consequência, ao desenvolvimento econômico. De outro lado, em um sistema em que as regras do jogo são instáveis, a cada mudança da jurisprudência surge a necessidade de *adjustment costs*, o que prejudica a economia¹⁵⁰.

Assim, quando se está diante de um cenário em que as decisões judiciais tendem a uma maior uniformidade, o efeito é de que as informações a respeito dos atos a serem praticados pelos agentes se tornam mais claras e perceptíveis, facilitando o juízo de expectativas¹⁵¹. Há também uma redução dos custos de transação. Em se tratando de uma relação de cunho privado, uma vez cumprido o contrato, as partes não terão que arcar com as despesas inerentes ao acesso a justiça, podendo oferecer produtos e prestar serviços com custos mais baixos.

Ao contrário, a ausência de previsibilidade gera, por consectário lógico, um ambiente de incertezas entre os agentes e, portanto, insegurança jurídica, na medida em que impossibilita o cálculo dos efeitos de suas condutas. A consequência é o aumento dos custos inerentes ao risco gerado por este ambiente incerto e, consequentemente, uma alocação deficiente de recursos que dificulta o desenvolvimento.

¹⁴⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução no Direito. In: _____ (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 14.

¹⁵⁰ Ibid. p. 32.

¹⁵¹ DIAS, Jean Carlos. **Análise econômica do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 100.

3 CONCEITO DE EFICIÊNCIA NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Na primeira parte desta seção, são abordados os conceitos de eficiência trazidos pela Análise Econômica do Direito. Partindo da definição de bem-estar e utilidade, pretende-se abordar o Ótimo de Pareto e, na sequência, o critério de Kaldor-Hicks.

Para se definir entre a adoção de um ou de outro, sugere-se uma verificação empírica do bem-estar ou na linguagem de Amartya Sen, de uma análise posicional. Este estudo será objeto da segunda parte desta seção.

Para finalizar a seção, serão aplicados os conceitos de eficiência ao princípio do acesso à justiça, definindo os parâmetros necessários para que possa atingir um acesso eficiente à justiça, que atende às necessidades humanas ilimitadas, evitando o desperdício.

3.1 EFICIÊNCIA NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Em uma sociedade em que não há a escassez de recursos, as escolhas feitas pelos indivíduos não geram custos de transação. Conforme já mencionado na seção precedente, na sociedade concebida por Ronald Coase, os custos de transação são nulos e as instituições, dentre elas o direito, não têm importância. Isto porque, sem a incidência de custos nas relações entre os indivíduos, todos os agentes cooperariam espontaneamente, não existindo conflitos. Deste modo, em uma situação de custos zero, a alocação final dos recursos, obtida por meio da barganha entre as partes, será sempre eficiente.

Contudo, em uma sociedade em que os recursos são escassos, os indivíduos devem fazer escolhas, para aumentar o seu bem-estar. E cada escolha pressupõe um custo, ou como denomina Ivo Teixeira Gico Junior, um *trade-off* ou um custo de oportunidade¹⁵². Ao escolher determinada opção, o indivíduo deixa de usufruir das consequências das demais escolhas, pois segundo sua percepção, a primeira opção é aquela que, por ter custos de oportunidade inferiores aos das demais opções, seria apta a aumentar o seu bem-estar.

Este bem-estar representa a utilidade individual de determinada opção. Steven Shavell ao definir o contexto geral do *Welfare Economics* afirma que “a utilidade de uma pessoa é o indicador do seu bem-estar, seja o que quer que se constitua este bem-estar”¹⁵³. Mais

¹⁵² GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coords.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 22.

¹⁵³ SHAVELL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 596, tradução nossa.

precisamente, o indicador de uma utilidade atribui um indicador a cada situação em que uma pessoa se encontra e em qual sentido que indicadores altos estão associados a um aumento do bem-estar. Assim, se a situação “x” é preferida à situação “y”, a utilidade associada a “x” deve ser maior àquela associada à “y”¹⁵⁴.

E prossegue afirmando que não apenas comida, abrigo, prazeres e esforços materiais e hedonistas afetam a utilidade, mas também a satisfação ou a falta dela, de uma pessoa com sensibilidades estéticas, seu sentimento altruísta e simpático pelas outras pessoas e o seu senso do que constitui um tratamento justo para ele ou para outras pessoas, e daí em diante. Assevera que nas situações futuras, os indivíduos, baseando-se na experiência, realizarão uma avaliação prospectiva de seu bem-estar, que pode ser expressa na sua expectativa de utilidade¹⁵⁵.

De acordo com Richard Posner, o conceito de bem-estar é muitas vezes entendido como resultante do utilitarismo e, por isso, é bastante criticado como indicador de satisfação. Assim, o autor ao responder à crítica daqueles que igualam a economia a utilitarismo e criticam este último, distingue o utilitarismo e a ciência econômica, afirmando que a norma econômica, que denomina “maximização da riqueza” fornece bases mais sólidas para a ética do que o utilitarismo¹⁵⁶.

Posner não nega a influência do utilitarismo sobre a economia, mas afirma que mesmo sendo vista como o utilitarismo aplicado, a economia é um campo distinto da atividade intelectual da filosofia utilitarista. Possui vocabulário técnico, teoremas e metodologia que um filósofo do utilitarismo pode desconhecer¹⁵⁷.

De acordo com os fundamentos do utilitarismo, o valor moral de uma ação, conduta, instituição ou lei deve ser julgado pela sua eficácia na promoção da felicidade, acumulada por todos os habitantes da sociedade, que pode representar uma nação ou o mundo todo. A economia normativa, por sua vez, entende que uma ação deve ser julgada por sua eficácia na promoção do bem-estar social, termo que muitas vezes é compreendido como sinônimo do conceito utilitarista da felicidade, exceto pelo fato de que geralmente não se inclui, no conceito de bem-estar social, a satisfação de outros seres, que não os humanos¹⁵⁸.

Posner ainda afirma que:

¹⁵⁴ SHAVELL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 596.

¹⁵⁵ Ibid. loc. cit.

¹⁵⁶ POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 49.

¹⁵⁷ Ibid. p. 48.

¹⁵⁸ Ibid. p. 49.

A diferença entre a moralidade utilitária e econômica, e a fonte, creio eu, da "monstruosidade" da primeira, é que o utilitário, apesar de sua professada preocupação com o bem-estar social, deve logicamente atribuir valor para todos os tipos de traços anti-sociais, tais como inveja e crueldade, porque estes são fontes comuns de satisfação pessoal e, portanto, da utilidade. Em contraste, a riqueza legalmente obtida é criada por fazer coisas para outras pessoas - oferecendo-lhes trocas vantajosas. O indivíduo pode ser completamente egoísta, mas ele não pode, em uma economia de mercado bem regulamentada, promover o seu auto-interesse, sem beneficiar os outros, bem como a si mesmo. A preguiça é um traço desfavorável em nossa sociedade. A pessoa preguiçosa substitui lazer - que não produz qualquer excedente do consumidor para o resto da sociedade para desfrutar - pelo trabalho, que o faz¹⁵⁹.

Segundo Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Jr. a escola *Law and Economics*, cujas bases são utilizadas como ferramentas para o desenvolvimento deste estudo, tem como foco “a busca pelo melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites morais”¹⁶⁰. Essa concepção de busca do bem-estar que considera a limitação pelos valores morais é que afastou a corrente da concepção formalista de Justiça, baseada na ética deontológica, haja vista que a ética que informa a escola *Law and Economics* tem natureza consequencialista, ou seja, é fundamentada no realismo jurídico, na verificação e na pragmática jurídica¹⁶¹.

Feita a distinção do conceito utilitarista de bem-estar para aquele trazido pela economia e tendo em vista a adoção deste último para o desenvolvimento deste estudo, pode-se dizer que conforme o raciocínio iniciado alhures, a conduta adotada pelo indivíduo tem como principal objetivo a maximização de seu bem-estar, podendo ser denominada como uma conduta racional maximizadora¹⁶².

Richard Posner, na introdução do seu estudo sobre *Economics of Justice*, afirma que a ferramenta de estudo utilizada pela economia é o comportamento dos indivíduos e a organização dos mercados, e que este ferramental se baseia na premissa de que as pessoas são racionais maximizadoras de suas satisfações e que, por isso, respondem a incentivos¹⁶³.

Neste mesmo sentido é o entendimento do economista David D. Friedman, de que o pressuposto central da economia é a racionalidade e que o comportamento humano pode melhor ser entendido a partir da análise dos objetivos que se pretende atingir. Em seu estudo sobre a importância da economia para a compreensão do direito, Friedman afirma que o

¹⁵⁹ POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 83.

¹⁶⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 90.

¹⁶¹ Ibid. loc. cit.

¹⁶² GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 22.

¹⁶³ POSNER, Richard A. op. cit. p. 1.

sistema de justiça existe para ordenar o modo com que os indivíduos são afetados pelas consequências de seus atos e que para entender como deve funcionar este sistema de justiça, a racionalidade utilizada pela economia se traduz em uma ferramenta com propósitos importantes¹⁶⁴.

É o caso do exemplo citado por Robert Cooter e Thomas Ullen ao explicar a questão da primazia da eficiência sobre a distribuição no direito privado. Na obra *Direito e Economia* estes autores rejeitam a abordagem redistributiva do direito privado. Afirmam que perseguir objetivos redistributivos constitui um uso excepcional do direito privado que circunstâncias especiais poderão justificar, mas esse não deveria ser o uso comum do direito privado¹⁶⁵.

Para estes autores, a resolução da maioria das disputas jurídicas implica a alocação do risco entre as partes. Assim, “a decisão a respeito de quanto do risco cada parte recebe cria um incentivo para o comportamento futuro, não só das partes específicas envolvidas nessa disputa, mas de todas as outras que estiverem em uma situação semelhante”¹⁶⁶.

As implicações das escolhas racionais são instrumentais essenciais para a compreensão dos efeitos das regras desenvolvidas e aplicadas pelo sistema de justiça. Conhecer os efeitos das regras jurídicas é central tanto para o entendimento destas regras pela sociedade e, neste aspecto, para iluminar as possibilidades de escolha a serem adotadas pelos indivíduos, como também para que se possa decidir quais as regras devem ser adotadas para o bom funcionamento do sistema de justiça. E é exatamente o que Friedman quer dizer quando afirma que “*That is what economics has to do with law*”. Segundo o autor:

Economia, cujo tema, no nível mais fundamental, não é o dinheiro ou a economia, mas as implicações da escolha racional, é uma ferramenta essencial para descobrir os efeitos das normas legais. Sabendo quais são as regras de efeitos terá é fundamental tanto para a compreensão das regras que temos e para decidir quais as regras que devemos ter¹⁶⁷.

Desta forma, o indivíduo, conhecedor da estrutura de incentivos fornecida pelo direito, ou de acordo com a terminologia utilizada pela AED (Análise Econômica do Direito), das regras do jogo, realizará uma ponderação entre as escolhas possíveis e os respectivos custos

¹⁶⁴ FRIEDMAN, David. D. **Law's Order**: What economics has to do with law and why it matters. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 4.

¹⁶⁵ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução Luis Marcos Sander e Francisco Araújo Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 30-31.

¹⁶⁶ Ibid. loc. cit.

¹⁶⁷ FRIEDMAN, David. D. op. cit. p. 8.

de transação incidentes *ex ante* e *ex post*, para adotar entre uma ou outra escolha, efetuando as trocas necessárias para o aumento do seu bem-estar¹⁶⁸.

Neste estudo, as trocas são estudadas no âmbito mercadológico, compreendido por um contexto em que “os agentes podem tomar suas decisões livremente, barganhando com os demais para obter o que desejam por meio da cooperação”¹⁶⁹. Não está relacionado necessariamente à pecúnia, admitindo-se um mercado de ideias, de políticos e de outros fatores: “Em contraposição, temos as hierarquias nas quais os agentes têm suas condutas limitadas e conduzidas por regras de comando, que pressupõe algum grau de imposição”¹⁷⁰.

A estrutura fornecida pelo direito deve garantir que os agentes realizem suas trocas até que atinjam um ponto de equilíbrio, ou seja, “até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos, momento a partir do qual não mais ocorrerão trocas”¹⁷¹. Conforme assinava Ivo Teixeira Gico Junior, “Quando a interação social se dá no âmbito do mercado, o comportamento racional maximizador levará os agentes a realizar trocas até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos, momento a partir do qual não mais ocorrerão trocas”¹⁷².

Este ponto de equilíbrio pressupõe que tenham sido eliminados todos os desperdícios, ou seja, que todas as possibilidades de trocas benéficas tenham se esgotado. Trata-se de um ponto eficiente, no sentido Pareto-eficiente, em que nenhuma outra alocação de recursos poderá ocorrer sem que a situação de outrem seja prejudicada.

O conceito de eficiência econômica identificado com a otimalidade de Pareto afasta-se do conceito de eficiência puramente técnico, de que uma produção é eficiente quando: i. não é possível gerar a mesma quantidade de produção usando uma combinação de insumos de custo menor ou, ii. quando não é possível gerar mais produção usando a mesma combinação de insumos¹⁷³.

Para ilustrar este conceito técnico de eficiência econômica, Cooter e Ullen constroem o exemplo de uma empresa que usa mão de obra e maquinário para produzir um bem que denominam “engenhoca”. Os autores supõem que a empresa produz 100 engenhocas por semana, utilizando 10 trabalhadores e 15 máquinas. Assim, afirmam que esta empresa é

¹⁶⁸ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coords.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 24.

¹⁶⁹ Ibid. loc. cit.

¹⁷⁰ Ibid. loc. cit.

¹⁷¹ Ibid. loc. cit.

¹⁷² Ibid. loc. cit.

¹⁷³ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução Luis Marcos Sander e Francisco Araújo Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 38.

eficiente se: i. “não é possível produzir 100 engenhocas por semana usando 10 trabalhadores e menos do que 15 máquinas, ou usando 15 máquinas e menos do que 10 trabalhadores” ou, ii. se “não é possível produzir mais do que 100 engenhocas por semana a partir da combinação de 10 trabalhadores e 15 máquinas”¹⁷⁴.

Em contraposição a este conceito, Vilfredo Pareto pressupõe que uma situação é eficiente quando não é possível melhorar as condições de certos indivíduos sem que prejudique as de outros, sendo este o ponto de equilíbrio, considerado o ótimo de Pareto. Caso contrário, se houver a melhora da situação de determinados indivíduos em detrimento de outros, haverá uma situação de ineficiência.

Pareto adverte que seu objetivo de estudo se restringia à análise a respeito da uniformidade dos fenômenos, sem carregar as escolhas individuais ou coletivas de qualquer juízo de valor, bom, ruim, certo, errado, justo ou injusto, o que permite dizer que uma situação considerada ótima por Pareto, pode não ser justa, no plano do direito¹⁷⁵.

O conceito da otimalidade de Pareto, ainda que se revele assumidamente despreocupado com a questão de valores, é bastante criticado por economistas. As principais críticas são voltadas justamente às questões referentes à falta de atenção aos valores na formulação do conceito de eficiência. Critica-se também o fato de que Pareto não considera que as trocas, ainda que indiretamente, causarão prejuízos a terceiros. O aspecto individualista da teoria é também alvo de crítica, no sentido de que deve ser considerada a melhoria da sociedade como um todo e não de apenas de um indivíduo para que a situação seja considerada eficiente, assim como o fato de conduzir a que seja considerada a concepção de todos os indivíduos a respeito do bem-estar, em razão da variação dos conceitos entre uma e outra pessoa.

Amartya Sen, em seu estudo *Sobre Ética e Economia*, desenvolve uma série de críticas ao critério da economia do bem-estar, acusando-o de ser utilitarista simples, na medida em que julga o êxito segundo a soma total de utilidade criada¹⁷⁶. Afirma que o ótimo de Pareto trabalha com um tipo muito limitado de êxito que, “em si não pode garantir grande coisa, pois um estado pode estar no ótimo de Pareto havendo algumas pessoas na miséria extrema e

¹⁷⁴ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução Luis Marcos Sander e Francisco Araújo Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 38.

¹⁷⁵ DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 41.

¹⁷⁶ SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 46.

outras nadando em luxo, desde que os miseráveis não possam melhorar suas condições sem reduzir o luxo dos ricos”¹⁷⁷.

Questiona a aceitação da otimalidade de Pareto ser tomada como a eficiência econômica propriamente dita, afirmando esta possibilidade apenas sob um ponto de vista que “concerne exclusivamente à eficiência no espaço de utilidades, deixando de lado as considerações distributivas relativas à utilidade”. De outro lado, sustenta ser inadequada em razão de focar exclusivamente na utilidade, enquanto poderia introduzir outras considerações na avaliação do êxito das pessoas e da sociedade. Para Amartya Sen as questões econômicas não se limitam à questões de praticidade e eficiência. Devem ser consideradas questões de moralidade e justiça¹⁷⁸.

Posner também confere crítica ao critério de Pareto, pois afirma que, na realidade, todas as trocas acarretarão prejuízos, ainda que indiretos, a outrem¹⁷⁹. Neste mesmo sentido, David Friedman destaca que o problema da abordagem de Pareto se revela quando se considera uma sociedade composta por milhões de pessoas. Em uma sociedade complexa, é bastante improvável que uma alteração nas regras legais, por exemplo, possa produzir apenas benefícios e nenhum custo¹⁸⁰.

Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior¹⁸¹ afirmam que o critério pode conduzir, de fato, a situações não consideradas boas, justas ou corretas. Cita, neste aspecto, o exemplo dado por Rodrigues no sentido de que, ao se considerar duas pessoas famintas e dois quilos de comida, se os dois quilos de comida forem entregues apenas a uma das pessoas, haveria uma melhora de uma delas, sem que a outra ficasse em situação pior. Esta não seria, evidentemente, uma situação considerada desejável.

Ainda, Maurício Vaz Lobo Bittencourt acusa o conceito de eficiência formulado por Pareto de ser individualista sob dois aspectos: o primeiro, por se ocupar do bem-estar de cada

¹⁷⁷ SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 48.

¹⁷⁸ Ibid. p. 49.

¹⁷⁹ No original: “However, the condition that no one else be affected by a ‘voluntary’ transaction can only rarely be fulfilled” (POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 55).

¹⁸⁰ FRIEDMAN, David. D. **Law’s Order**: What economics has to do with law and why it matters. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 35.

¹⁸¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 87.

indivíduo e, o segundo, por se preocupar apenas com a percepção de cada pessoa a respeito de seu bem-estar¹⁸².

Em sua análise, Bittencourt sugere que a perspectiva de eficiência adotada por Vilfredo Pareto deve ser complementada pela eficiência do sistema de justiça, ao argumento de que na economia assume-se, na maioria das vezes, o sistema legal com um funcionamento perfeito, ou seja, que os agentes não precisam se preocupar com o cumprimento das leis, dos contratos etc.¹⁸³. Todavia, na prática o que se observa é a assimetria informacional e a possibilidade de descumprimento dos contratos, do desrespeito às leis e da ausência da efetiva punição do agente, diante do ato ilícito.

Estes problemas dificultam a análise de resultados eficientes em termos econômicos, devido, principalmente, à falta de informações suficientes e à incerteza quanto ao comportamento dos indivíduos diante de um dispositivo de lei ou de uma tratativa estabelecida em contrato. Por este motivo, Bittencourt propõe que se una a eficiência econômica com a eficiência do sistema legal, para que se consiga atingir o desenvolvimento econômico e social para todos¹⁸⁴.

Esta eficiência difere da eficácia, que busca mensurar a distância entre os resultados atingidos e os objetivos perseguidos por determinada conduta, e da efetividade, que tenta aferir a capacidade de se produzir certo impacto. Está associada aos termos da economia em que um empresário, por exemplo, ao tomar uma decisão pertinente ao seu processo produtivo, objetiva produzir o máximo possível com um mínimo de recursos disponíveis. A eficiência, neste caso, está relacionada à máxima produtividade com o mínimo de custos, objetivando o maior retorno possível¹⁸⁵.

Em que pese às críticas ao ótimo de Pareto, Ivo Teixeira Gico Junior defende o Pareto-Eficiente como indicador de eficiência na AED, com subsídio na metodologia utilizada por este instrumental. Sustenta, inclusive, uma aproximação entre eficiência e justiça, na medida em que uma norma jurídica que atinge o fim a que foi proposta, evitando-se o desperdício e atendendo-se às necessidades ilimitadas da sociedade, deve ser considerada eficiente.

Quanto ao individualismo metodológico utilizado na AED, Gico Junior afirma que para se explicar o comportamento da coletividade faz-se necessário partir de uma unidade básica que, seria, no caso, o próprio indivíduo. Exemplifica que para entender o

¹⁸² BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Coords.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 30-31.

¹⁸³ Ibid. p. 31-34.

¹⁸⁴ Ibid. p. 31.

¹⁸⁵ Ibid. p. 30.

funcionamento do Poder Judiciário seria necessário estudar o comportamento de cada magistrado, a dinâmica entre juízes e desembargadores e destes com os ministros. Do mesmo modo, para se compreender o funcionamento do Congresso Nacional, faz-se necessário compreender a estrutura de incentivos dos deputados, senadores, assessores e consultores¹⁸⁶.

Neste mesmo sentido, Ejan Mackaay pondera que o individualismo metodológico é válido pela sua parcimônia: reduzir ao mínimo o número de elementos que podem ser invocados para explicar um fenômeno complexo. A parcimônia, segundo este autor, é considerada uma virtude no campo científico¹⁸⁷.

Gico Junior lembra, neste aspecto, que o individualismo metodológico é apenas um instrumental analítico, sem o envolvimento de um sistema individualista de valores. Afirma que o individualismo metodológico não pressupõe que “os indivíduos não são altruístas no sentido de não levarem em consideração em suas decisões o bem-estar dos outros”, mas sim que “os agentes são racionais maximizadores de sua utilidade, seja lá o que isso significar para eles”¹⁸⁸.

Em relação à modelagem e ao reducionismo, Gico Junior sustenta que a AED reconhece a imensa complexidade do mundo real e a dificuldade de se lidar com todas as variáveis. Afirma que por este motivo a AED elabora modelos teóricos dos problemas que deseja investigar, nos quais se considera apenas as variáveis tidas como relevantes. Na abordagem neoinstitucionalista, considera os custos de transação e a importância das instituições. Na abordagem comportamental, a racionalidade é complementada para que sejam considerados os desvios que a tornam limitada¹⁸⁹.

Considera, no método de análise, fatores que evidenciam as falhas de racionalidade. A racionalidade não é, portanto, considerada ilimitada no campo de análise da AED. Pelo contrário. Estudos já constataram a limitação da racionalidade humana e a necessidade de que seja assim concebida para que se possa desenvolver raciocínios a partir desta racionalidade (limitada). Neste sentido, Marcia Carla Pereira Ribeiro explica que o indivíduo, ao exercer seu poder de escolha, observa as informações que são disponibilizadas e pondera os custos de transação com os benefícios a serem auferidos. Utiliza-se, portanto, de sua racionalidade para

¹⁸⁶ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 22.

¹⁸⁷ MACKAAY, Ejan. **Law and Economics for Civil Law Systems**. Cheltenham: Edward Elgan Publishing Limited, 2013. p. 49.

¹⁸⁸ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. op. cit. p. 23.

¹⁸⁹ Ibid. p. 24.

fazer suas escolhas¹⁹⁰. Ocorre que a prática demonstrou que esta racionalidade é muitas vezes limitada, devido a outros fatores que podem até mesmo sobrepujar aspectos relacionados à racionalidade, como por exemplo, prazer, ideais, objetivos indiretos. Do mesmo modo, a assimetria informacional influencia negativamente a racionalidade dos agentes, na medida em que a carência de informação pode atingir os agentes econômicos¹⁹¹.

Num contexto em que um agente detém uma informação que não é acessível aos demais, este pode se aproveitar desta informação para lucrar indevidamente, caracterizando um comportamento oportunista. Os indivíduos que não têm acesso a esta informação têm, por sua vez, sua racionalidade limitada¹⁹².

Em relação aos valores, Ivo Teixeira Gico Junior justifica que a AED é incapaz de dizer o que é justo, pois este valor, assim como definir o que é certo e o que é errado se encontram em uma esfera subjetiva. De outro lado, afirma que os juseconomistas defendem que a preocupação com a eficiência, no sentido de que em um mundo em que os recursos são escassos e as necessidades humanas são ilimitadas, é devida, pois, “não existe nada mais injusto que o desperdício”¹⁹³.

Desta forma, a Análise Econômica do Direito pode contribuir para a identificação de regras injustas, na medida em que toda regra que gera desperdício, ou seja, que é ineficiente, pode ser considerada injusta. Pode contribuir para que o exercício de ponderação seja realizado com o conhecimento do que está de cada lado da balança, para conduzir à necessária compreensão das reais consequências da aplicação das regras¹⁹⁴.

Assim, afastando a possibilidade de crítica quanto ao conflito entre justiça e eficiência, conclui que:

Como dito, se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (i. e., eficiência). Não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta, por isso, não consigo vislumbrar qualquer conflito entre eficiência e justiça, muito pelo contrário, uma é condição de existência da outra¹⁹⁵.

¹⁹⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: _____; KLEIN, Vinicius (Coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 66.

¹⁹¹ Ibid. loc. cit.

¹⁹² Ibid. p. 67.

¹⁹³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27.

¹⁹⁴ Ibid. p. 28.

¹⁹⁵ Ibid. loc. cit.

Com o transcurso do tempo, os economistas, insatisfeitos com o critério de Pareto, desenvolveram a noção de uma melhoria potencial, denominada eficiência de Kaldor-Hicks. Trata-se de uma tentativa de superação dos limites impostos por Pareto, no sentido de que as melhorias são recomendáveis apenas quando a melhoria de uma pessoa não trazer prejuízos à outra. De acordo com este critério de eficiência, os ganhadores deveriam indenizar os perdedores diante de qualquer mudança, pois do contrário, os perdedores teriam o direito de veto¹⁹⁶.

A melhoria potencial de Kaldor-Hicks permite as mudanças, desde que os perdedores sejam, sempre, indenizados. Exige que existam tanto ganhadores, quanto perdedores e que aqueles efetivamente ganhem e estes percam. Em uma análise de custo-benefício, a mudança ocorrerá quando os benefícios excederem os custos, nestes compreendidos a indenização a ser paga pelos ganhadores aos perdedores¹⁹⁷.

Este critério pressupõe que toda mudança seja levada a efeito com o consentimento unânime, o que traz consequências prejudiciais quando se fala em políticas públicas, por exemplo. Quando se exige o consentimento unânime, a aprovação de mudanças se torna difícil e, em grande parte dos casos, inviável, diante dos custos gerados por esta exigência¹⁹⁸.

Richard Posner, ao analisar as bases ética e política da maximização da riqueza pondera que o critério Kaldor-Hicks é bastante criticado, até mesmo por economistas, porque não garante que haverá a maximização da utilidade. De outro lado, pondera que seria incorreto afirmar que o critério de Pareto é o único “sentido profissional normal”¹⁹⁹ do termo eficiência.

Afirma que o uso da palavra eficiência no sentido Kaldor-Hicks pode ser defendida como uma conveniência analítica que permite que questões de alocação de recursos possam ser discutidas de forma separada das questões de distribuição, conforme defendido pelo próprio Kaldor ao afirmar que o governo poderá sempre transformar o aumento da riqueza em uma melhoria do Pareto por meio da compensação paga aos perdedores. Se o governo fizer isso ou não, trata-se de uma questão política sobre a qual não cumpre ao economista pronunciar sua opinião²⁰⁰.

¹⁹⁶ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução Luis Marcos Sander e Francisco Araújo Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 64.

¹⁹⁷ Ibid. loc. cit.

¹⁹⁸ Ibid. loc. cit.

¹⁹⁹ POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 91, tradução nossa.

²⁰⁰ Ibid. p. 93.

Posner afirma que o que Kaldor sugere nesta afirmação é que se os perdedores de alguma política merecem compensação, o governo pagará a eles e, portanto, o aumento da riqueza será transformado em uma melhoria de Pareto a não ser que algum argumento ético o force a não seguir o princípio de Pareto²⁰¹.

Destaca, entretanto, que esta afirmação faz sentido apenas quando se considera que o governo toma suas decisões baseado em fundamentos éticos. Do contrário, quando o governo é visto como uma arena de grupos de interesses que têm como objetivo obter vantagens sem considerar argumentos éticos, não se pode presumir que a falha da compensação para as pessoas prejudicadas é baseada nos frutos de uma política ética²⁰².

Em que pese a respeitável crítica formulada por Bittencourt, Amartya Sen e Richard Posner e as propostas de adequação relacionadas à adoção do critério de Pareto como indicador de eficiência na Análise Econômica do Direito, o que se observa é que sua aplicabilidade como indicador de eficiência não é de pronto afastada.

Bittencourt sugere que a eficiência econômica seja complementada pela eficiência do sistema de justiça, mas não substituída. Posner propõe uma aproximação do ótimo de Pareto com o critério Kaldor-Hicks por meio da ideia do consentimento, mas não nega a aplicabilidade prática do ótimo de Pareto e do critério Kaldor-Hicks. E, por fim, Amartya Sen propõe que sejam introduzidos valores éticos e morais para se avaliar o êxito das pessoas e da sociedade, mas em momento algum afirma que a otimalidade de Pareto seria absolutamente equivocada como indicador de eficiência. Critica sua limitação e a falta de consideração de valores que entende importantes para que se atinja a eficiência, mas não que este indicar seria, de todo, inadequado.

O ótimo de Pareto pode ser utilizado como indicador de eficiência econômica, desde que respeitadas as suas limitações no caso concreto, conforme previamente indicado pelo próprio Vilfredo Pareto. Do mesmo modo, o critério Kaldor-Hicks, ou melhoria de Pareto, também se configura como indicador válido para se aferir eficiência, desde que não legitime práticas abusivas e antiéticas, sob o manto da compensação dos perdedores.

A aplicação de um ou outro critério como indicador de eficiência para o estudo da Análise Econômica do Direito dependerá de uma análise posicional, atentando-se às circunstâncias pertinentes ao caso concreto que permitirão analisar qual será o critério adequado para que se analise a eficiência sem que se perpetuem situações ilegais ou que se relevem em contraposição aos valores constitucionalmente garantidos.

²⁰¹ POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 93.

²⁰² Ibid. p. 94.

3.2 ÓTIMO DE PARETO E/OU KALDOR-HICKS? UMA ANÁLISE POSICIONAL

Para a Análise Econômica do Direito, a busca pela eficiência é premissa básica e deve ser implementada nas decisões judiciais, seja de acordo com o critério de eficiência formulado por Pareto, quando for possível, seja de acordo com o critério Kaldor-Hicks. A adoção de um ou outro critério de eficiência depende da verificação empírica do bem-estar na situação concreta²⁰³.

Isto porque, a eficiência para um pode não representar eficiência para outrem. Vale dizer, que dependendo da ótica posicional com que se analisa o critério de eficiência no caso concreto, esta pode existir ou não, bem como existir em maior ou menor medida.

Amartya Sen, ao tratar das formas de argumentação racional, considera de suma importância a necessidade de transcender o confinamento posicional para a epistemologia²⁰⁴. Argumenta que “diferentes pessoas podem ocupar a mesma posição e confirmar a mesma observação; e a mesma pessoa pode ocupar diferentes posições e fazer observações dissimilares”²⁰⁵. Para Sen, a análise de um mesmo objeto pode ser realizada de formas diferentes, dependendo da variação posicional das observações, bem como dos atributos posicionais específicos do observador:

Nossa inteira compreensão do mundo, pode-se argumentar, depende totalmente das percepções que podemos ter e dos pensamentos que podemos gerar, dado o tipo de criatura que somos. Nossos pensamentos, assim como nossas percepções, são integralmente dependentes de nossos órgãos dos sentidos, nosso cérebro e outras capacidades do corpo humano. Até mesmo a própria ideia do que chamamos de um “ponto de vista” – não importa desde qual lugar – é parasita de nossa compreensão da visão com nossos próprios olhos, que é uma atividade corporal sob a forma física na qual os seres humanos evoluíram²⁰⁶.

Quanto ao funcionamento eficiente do Poder Judiciário, objeto de estudo perseguido neste trabalho, é imprescindível que se analise o tema sob a perspectiva de quem irá se beneficiar com a eficiência almejada, não se concebendo desejáveis e, portanto, eficientes, situações em que a melhora de um, ainda que devidamente compensada na forma de Kaldor-Hicks, implique na piora de outro, ou em qualquer ilegalidade.

²⁰³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 92.

²⁰⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann e Ricardo Donilelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 187.

²⁰⁵ Ibid. p. 189.

²⁰⁶ Ibid. p. 192.

Neste estudo, adota-se a ótica posicional das partes envolvidas e da sociedade como um todo, o que significa que um Poder Judiciário eficiente será aquele apto a propiciar a satisfação das partes na composição de seus litígios e, por consequência, da sociedade, que se beneficiará da segurança jurídica, nos seus aspectos de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

Sob a perspectiva das partes envolvidas no litígio, deve-se admitir a melhoria da situação de uma das partes, desde que o estado mantido pela outra parte, não configure uma situação ilegal. Vale dizer, uma decisão não pode, ao argumento de que propiciará a melhoria de uma das partes, deixar a outra em situação que contraria a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional vigente.

Não deve se admitir, do mesmo modo, a compensação pela manutenção de uma situação ilegal. Assim, não se pode manter o funcionamento de uma empresa comprovadamente poluidora, que sonega tributos e que não cumpre a legislação trabalhista ao argumento de que esta paga todas as multas ambientais e fiscais que lhe é imposta, bem como as indenizações de cunho trabalhista nos termos determinados pela Justiça competente.

Desta forma, a otimalidade de Pareto como indicador de eficiência para a AED deve ser utilizada até o ponto em que, no caso concreto, a situação das partes que não tenham se beneficiado, não seja ilegal. Do mesmo modo, a melhoria de Pareto, ou critério de Kaldor-Hicks, não pode destinar a compensação para a manutenção de situações ilegais compensadas, devendo ser admitida a compensação nos termos do critério de Kaldor-Hicks quando a prática levada a efeito pelo compensador (ganhador) seja revestida de licitude.

Por exemplo, uma decisão será eficiente de acordo com o critério de Pareto quando concede um benefício previdenciário na modalidade de prestação continuada ao deficiente, nos termos da Lei n. 8.742/1993.

Suponhamos a existência de dez famílias composta por pai, mãe e filhos, sendo apenas um dos filhos portadores de deficiência. Destas dez famílias, apenas duas vivem em condições de pobreza. As outras oito, possuem renda mensal que permite conferir ao filho deficiente, condições dignas de estudo, tratamento e cuidado. Assim, a decisão que concede o benefício previdenciário na modalidade de prestação continuada ao portador de deficiência das duas famílias é eficiente de acordo com o critério de Pareto, pois melhorou a situação de dois deficientes, sem prejudicar a situação dos outros oito, cuja situação anterior à melhora já era considerada desejável.

Será ineficiente, de outro lado, quando conceder o benefício apenas a um dos deficientes das duas famílias, ao argumento de que a outra, inobstante composta por cinco

integrantes, pai, mãe e três filhos, possui renda per capita superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente, totalizando a renda mensal de R\$ 1.000,00 (um mil reais). Neste caso houve a melhora de um dos portadores de deficiência, mas a situação originária do outro continua indesejável.

Ainda em relação ao critério de Pareto, uma situação em que o Poder Judiciário determina o fornecimento de um tratamento expressamente excluído pelo plano de saúde contratado e considerado não obrigatório pela ANS (Agência Nacional de Saúde) é, evidentemente ineficiente na medida em que ao melhorar a situação do beneficiário, que receberá de forma gratuita o tratamento necessário à sua doença, piora a situação do plano de saúde, que deverá arcar com os custos de uma situação não prevista no contrato com provável repasse aos demais usuários ou comprometimento do seu equilíbrio econômico.

O mesmo se verifica com todas as decisões que obrigam uma parte a efetuar determinada prestação não prevista no contrato originário ou na própria legislação aplicável em favor da outra, ao argumento de que esta prestação se coaduna com os princípios basilares da Constituição Federal. A parte que recebeu a prestação teve uma evidente melhora no seu estado originário. De outro lado, a parte obrigada a prestá-la, foi prejudicada, o que demonstra a ineficiência da decisão de acordo com o critério de Pareto.

Em relação à sociedade, decisões como estas têm o condão de incentivar o comportamento oportunista das partes que sairão em posição de vantagem na relação, trazendo como consequência a sobreutilização indevida do Poder Judiciário, com demandas que buscam decisões economicamente ineficientes. Esta sobreutilização impede que as necessidades daqueles que de fato tiveram um direito ameaçado ou violado, sejam atendidas, aumentando os custos de transação nas trocas, na medida em que as partes têm ciência de que seu direito não terá o amparo esperado na via judicial, e alocando de forma deficiente os recursos.

David Friedman, utilizando-se dos preceitos estabelecidos pela AED, verifica certa dificuldade na utilização de regras gerais com a finalidade de redistribuição de riqueza “pró-ricos” e “pró-pobres”. Afirma que a mudança de um dos termos do contrato em favor da parte com condições financeiras inferiores pode conduzir a situações que não produzem resultados eficientes²⁰⁷.

A título de exemplificação, considera uma lei que favorece inquilinos em condições financeiras inferiores, prescrevendo que um senhorio nunca poderá impor qualquer termo do

²⁰⁷ FRIEDMAN, David. D. **Law's Order**: What economics has to do with law and why it matters. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 23.

contrato de locação contra eles. O resultado desta lei será o de que poucas pessoas locarão imóveis para inquilinos em condições financeiras inferiores, pois não se vislumbra qualquer vantagem em alugar um apartamento, por exemplo, para um inquilino contra o qual não se pode impor qualquer medida para a cobrança do aluguel²⁰⁸.

O mesmo se verifica com as situações acima relatadas, que impõem certa desvantagem contra uma das partes, durante o cumprimento de um contrato. O resultado é o de que essas partes que saem em desvantagem não terão incentivo para continuar contratando. A incidência destes custos pode encarecer a prestação ou até mesmo inviabilizá-la, prejudicando a alocação de recursos de forma eficiente, o que não é desejável para o desenvolvimento econômico.

Em relação ao critério de eficiência formulado por Kaldor-Hicks, pode-se considerar eficiente uma decisão que autoriza a desapropriação de determinada área para a duplicação de uma rodovia de trânsito intenso por caminhões transportadores de grãos, normalmente bitrens ou treminhões, compelindo o Estado a pagar uma indenização razoável e de acordo com os preços praticados pelo mercado, aos proprietários das áreas desapropriadas.

Neste caso, haverá uma melhoria potencial do Estado e/ou da concessionária, se houver prestação de serviço em regime de concessão. Haverá também uma melhoria em relação à sociedade, permitindo o trânsito seguro e com menores probabilidades de acidentes. Em relação aos desapropriados, estes receberão uma indenização justa pela área objeto de desapropriação, podendo utilizar este valor para a compra de uma nova área ou para realizar investimentos na área remanescente e, nesta hipótese, terão o restante de sua área valorizado pela duplicação da rodovia.

De outro lado, a compensação nos termos de Kaldor-Hicks pode conduzir, também, a situações ineficientes. Ainda em relação à desapropriação, o Poder Judiciário pode determinar a desapropriação em favor do Estado de uma área particular composta por vegetação nativa e cachoeiras, próxima à área urbana, por interesse social ao argumento de que está proporcionando o desenvolvimento de atividades turísticas (cf. Lei nº 4.132/1962). Haveria a melhoria da situação do Estado (ganhador) e a compensação devida ao proprietário desapropriado (perdedor).

Contudo, esta situação seria ineficiente quando se considera que a área em questão é de preservação permanente, constituindo a reserva legal da propriedade do desapropriado. O perdedor, neste caso, teria que adquirir nova área para cumprir as exigências do Código Florestal em relação à APP e reserva legal. Não bastasse, a utilização turística da área

²⁰⁸ FRIEDMAN, David. D. **Law's Order**: What economics has to do with law and why it matters. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 23.

desapropriada, que constitui uma APP, inevitavelmente prejudicaria a fauna e a flora existentes no local, trazendo prejuízos também ao meio ambiente.

Desta forma, em que pese à compensação, esta decisão não poderia ser eficiente de acordo com Kaldor-Hicks, pois legitimaria situações contrárias aos princípios da Constituição Federal e da legislação aplicável (*in casu*, principalmente, dos arts. 4 a 9 e 12 a 24, todos do Código Florestal, Lei n. 12.651/2012).

Esta desapropriação pode ser considerada eficiente para o Estado, que sob o argumento de estar realizando um fim de interesse social, com a promoção de um novo atrativo turístico para a cidade, paga a devida compensação ao expropriado. Mas, por outro lado, é ineficiente sob a ótica de que estaria causando prejuízos consideráveis a este e, principalmente, ao meio ambiente, que deve ser protegido quando sopesada sua proteção com a promoção de um estabelecimento turístico na região.

A aplicação do critério indicador de eficiência depende, indubitavelmente, da ótica posicional adotada em cada caso concreto, pois conforme já mencionado alhures, a eficiência para determinados indivíduos, pode não o ser para outros. A base ética para a aplicação de um ou outro critério é a verificação do bem-estar. Aquele que resultar em um aumento do bem-estar e na melhor alocação possível de recursos, respeitadas as limitações inerentes a cada um destes critérios em relação à sua aplicabilidade, está apto a aferir a eficiência no caso concreto.

3.3 A EFICIÊNCIA DO ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inc. XXXIV assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. Assegura o inc. XXXV que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assegura, portanto, o acesso aos órgãos dos Poderes Públicos e o dever do Judiciário de satisfazer a pretensão daqueles que o procuram para proteger seu direito de qualquer ameaça, ou lesão.

Trata-se de um direito fundamental, compreendido como “o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”²⁰⁹. Traduz-se na mais autêntica manifestação do Estado Democrático de Direito, representando o meio para fazer valer outros direitos.

²⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.

O acesso à justiça não representa apenas o acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas principalmente a uma ordem de valores e direitos fundamentais. Muito embora não se possa deixar de reconhecer a importância do acesso à jurisdição e aos instrumentos processuais por ela oferecidos, o acesso à justiça que se busca conceituar neste estudo compreende, também, a disponibilização ao jurisdicionado de todos os meios materiais e processuais para que haja a efetivação da justiça.

Deve-se conciliar a facilitação do direito postulatório do jurisdicionado com a eficiência do Poder Judiciário, a fim de se alcançar um julgamento justo, em tempo hábil e de acordo com os ditames legais. O termo acesso à justiça deve ser compreendido da forma mais ampla possível. Vale dizer, compreende desde a superação das dificuldades postulatórias, até a de todos os empecilhos processuais e subjetivos encontrados durante o processo, até o momento em que se satisfaça a pretensão inicialmente formulada.

Cappelletti e Garth em 1988 já estudavam a questão do acesso efetivo à justiça, no sentido de que o mero acesso ao Poder Judiciário não representaria, de fato, o acesso à justiça. Mas para estes autores, a efetividade do acesso estaria relacionada à igualdade de armas e às possibilidades das partes, bem como às custas judiciais²¹⁰. Na própria introdução da obra “Acesso à justiça” os autores afirmam que o acesso à justiça deve determinar duas finalidades básicas de um sistema jurídico: i. o sistema deve ser igualmente acessível a todos e, ii. deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos, evidenciando que a preocupação expressa pelos autores se relaciona ao primeiro item e, portanto, ao aspecto formal de acesso²¹¹.

De fato, na década de 80 a preocupação maior era voltada ao acesso formal à justiça, na forma como desenvolvida pelos autores Cappelletti e Garth. As críticas desenvolvidas contra os sistemas de justiça atacavam os aspectos formais de acesso, compreendidos como as dificuldades postulatórias e as custas judiciais, não sendo objeto de preocupação, nesta época, a eficiência do acesso à justiça relacionada ao funcionamento do Poder Judiciário.

Não se destacava problemas referentes à falta de previsibilidade das decisões judiciais e à segurança jurídica. Do mesmo modo, no Brasil não se vislumbrava a judicialização da política e, principalmente, a prática do ativismo judicial. Foi apenas com o advento da CF/88 e com a Emenda Constitucional n. 45 que se ampliou o protagonismo do Poder Judiciário no

²¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 15.

²¹¹ Ibid. p. 8.

que se refere a assuntos envolvendo política, implementação de políticas públicas e outros até então resguardados à apreciação dos poderes legislativo e executivo.

A partir daí surge a preocupação com o acesso eficiente à justiça no sentido de que, não basta o mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário a baixo custo e com atenção aos princípios formais consagrados pela Constituição Federal de 1988. Passam a integrar o acesso à justiça os conceitos de segurança jurídica, em termos de cognoscibilidade, confiabilidade e previsibilidade.

O acesso à justiça considerado eficiente deve ser apto a proporcionar não apenas o direito do jurisdicionado de deduzir sua pretensão em juízo, mas também o conhecimento de um ordenamento jurídico que regule o fato vivido, que seja estável no sentido de não estar submetido a mudanças frequentes e que seja aplicado de forma coerente, garantindo a previsibilidade quanto à aplicação daquele direito. Deve assegurar ao jurisdicionado clareza quanto à existência e aplicação das regras do jogo, ou seja, da estrutura de incentivos existente para a realização das trocas.

No Brasil, a preocupação econômica tem previsão no artigo 37, da Constituição Federal, que determina que o Estado seja eficiente e, em particular, no que concerne ao Poder Judiciário, o artigo 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos a razoável duração do processo e a celeridade na tramitação, sem que se prejudique a qualidade da prestação jurisdicional.

Ocorre que hoje o Poder Judiciário brasileiro encontra-se muito distante de atingir a almejada eficiência. Dentre os problemas que se relacionam com o Poder Judiciário brasileiro, destacam-se a morosidade, questões envolvendo as custas judiciais e a instabilidade das decisões.

A morosidade, um dos principais motivos do descontentamento com o Poder Judiciário brasileiro é um dos obstáculos mais latentes do acesso eficiente à justiça. Os efeitos dessa delonga na obtenção da solução jurisdicional são de extrema gravidade, principalmente quando se considera os efeitos dos índices de inflação, a deterioração dos bens e, principalmente o transcurso do tempo que, muitas vezes, pode tornar inútil o provimento final.

Em relação às custas processuais duas vertentes de problemas que conduzem ao óbice ao acesso eficiente à justiça podem ser mencionadas.

Uma primeira se refere às lides que não competem à apreciação dos Juizados Especiais e às quais não foi concedido o benefício de assistência judiciária gratuita à parte. Estas demandas envolvem altas custas judiciais, tanto na sua propositura, quanto na alimentação do processo, até a chegada aos Tribunais. Neste aspecto, considera-se alto o valor

das custas de acesso a partir da ótica de uma pessoa física assalariada ou de um empresário individual ou microempresário. Para esta categoria de indivíduos, as custas para ingressar com demandas na Justiça Comum ou Federal, sem que lhes seja concedido o benefício da assistência judiciária gratuita, podem representar um óbice ao acesso à justiça.

A título de exemplificação, para o ajuizamento de uma demanda ordinária no âmbito da justiça estadual do Paraná cujo valor da causa seja igual ou superior a R\$ 19.279,60 (dezenove mil e duzentos e setenta e nove reais e sessenta centavos), as custas de distribuição, envolvendo a taxa judiciária, somadas às custas de autuação (demais ações, por exemplo), ultrapassam a monta de R\$ 1.000,00 (um mil reais)²¹². No Estado de São Paulo o ajuizamento de petições iniciais no âmbito da justiça comum exige o pagamento antes da distribuição do correspondente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa²¹³.

Assim, para uma demanda cujo valor que lhe foi atribuído ultrapasse R\$ 19.279,60 (dezenove mil e duzentos e setenta e nove reais e sessenta centavos), os custos de acesso, não se incluindo as custas referentes à citação, eventual expedição de precatórias, perícias e outros emolumentos, são consideravelmente superiores ao valor do salário mínimo vigente (R\$ 724,00 em 2014).

Soma-se ainda, as despesas havidas com honorários advocatícios, cartórios extrajudiciais, dentre outras que surgem durante a tramitação do processo. Não bastasse, devido à ampla divergência jurisprudencial havida entre os Tribunais brasileiros, muitas vezes se faz necessário ingressar na via recursal para que se possa obter o resultado desejado, o que além de tempo, exige também a alimentação prolongada do processo.

A segunda vertente, a *contrario sensu*, é a de que o sistema de gratuidade da justiça no Brasil tem favorecido ao quadro de sobreutilização do Poder Judiciário, na medida em que pode servir como estímulo à invocação descabida do benefício. Isto porque, conforme destacam Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior, a mera afirmação do pretendente de que não possui condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo de seu sustento ou de sua família tem sido suficiente para a contemplação do benefício, cabendo ao outro litigante a contingência de fazer prova dos rendimentos do outro²¹⁴.

²¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Tabelas anexas da Lei do Regimento de Custas do Estado do Paraná**. Anexo da Lei 6.149 de 14 de setembro de 1970. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/89fa058f-ef47-41a5-ae60-ce673cd8ad86>>. Acesso em: 3 set. 2014.

²¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Taxa Judiciária**. Despesas Processuais. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Egov/IndicesTaxasJudiciarias/DespesasProcessuais/TaxaJudiciaria.aspx>>. Acesso em: 3 set. 2014.

²¹⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. Acesso à justiça: uma abordagem sobre a assistência judiciária gratuita. **ANIMA**: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet, Curitiba, ano V, p.

Este regime, segundo os autores, incentiva o uso oportunista do benefício por parte daqueles que ostentam capacidade econômica para arcar com as custas processuais e com o peso da sucumbência. Há “uma situação de inversão do ônus da prova quanto à condição financeira do demandante do benefício”²¹⁵. E quando isto ocorre, “impõe-se obrigação justamente a quem tem a menor possibilidade de provar, em razão da dificuldade material de se obter os elementos necessários para se comprovar o contrário”²¹⁶.

Ivo Teixeira Gico Junior e Henrique Araque assinalam que a concessão do benefício na forma hoje vigente traz consequências diretas para o réu que optar pela impugnação do pedido do autor, pois no caso de indeferimento, o vencido terá que arcar com o pagamento das despesas do incidente processual. Além disso, destacam os autores a necessidade de realizar diligências probatórias para a impugnação, o que também representa custos. Em conclusão, afirmam que sob a ótica de uma abordagem juseconômica, o réu impugnará o pedido de gratuidade de justiça formulado pelo autor, somente “se os benefícios esperados superarem os custos esperados”. E que na forma como previsto o benefício, “o réu esta sujeito a um prejuízo direto caso a impugnação seja indeferida, mas não está sujeito a nenhum benefício direto caso seja deferida, além de incorrer em despesas decorrentes das diligências probatórias, que não serão indenizadas” no êxito da impugnação²¹⁷.

A falta de previsibilidade, ou melhor dizendo, a instabilidade das decisões judiciais se encontra intimamente ligada com os dois óbices acima delineados. Isto porque, ante a divergência de entendimentos, estimula a prática de recursos que, além de prolongarem consideravelmente o processo, têm o condão de encarecê-los, tornando-o até mesmo inviável em certos casos. Resulta tanto da divergência de entendimentos gerada dentro de um mesmo Tribunal, seja entre Câmaras, Seções e Turmas, como também da divergência de interpretação e aplicação do direito já sedimentado nos Tribunais Superiores por parte dos Tribunais Federais e dos Estados. Não bastasse, é possível verificar, ainda, a instabilidade das decisões dentre de um mesmo Tribunal que, por seu turno, não respeita seus próprios precedentes.

Além disso, é importante considerar que o crescente ativismo judicial, que acabou por tornar cada vez mais políticas as decisões judiciais, principalmente no âmbito dos Tribunais Superiores, é um dos fatores que compromete a previsibilidade das decisões judiciais, diante

247-265, publicação semestral, 2013. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Seleta-Externa/Marcia-Carla-Pereira-Ribeiro.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2014. p. 255.

²¹⁵ Ibid. p. 259.

²¹⁶ Ibid. loc. cit.

²¹⁷ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique. De Graça, até Injeção na Testa: análise juseconômica da gratuidade de Justiça. **Economic Analysis of Law Review**, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan./jun. 2014. p. 174.

da busca pela justiça social, sem que seja reservado um espaço de consideração com relação às consequências econômicas das decisões.

No Brasil, o que se tem observado é que o incremento do ativismo judicial tem representado “a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa”. Não se trata, conforme assenta Elival Ramos, do exercício desabrido da legiferação que, em circunstâncias bem delimitadas, é aceito pela Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, conforme enuncia o art. 96, inc. II, da Constituição Federal, mas sim “da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuída a outros Poderes”²¹⁸.

A preocupação atual do Poder Judiciário tem, em muitas vezes, se voltado a aspectos redistributivos, deixando de lado a atenção que deveria ser voltada à eficiência. Cláusulas contratuais têm sido relativizadas em favor da justiça social, sem a necessária consideração com os aspectos econômicos gerados por esta prática. Sobre este aspecto, Maurício Vaz Lobo Bittencourt assevera que “se a utilização da lei com objetivos distributivos é difícil, parece razoável que os juízes deixem a redistribuição para os legisladores e preocupem-se com a eficiência”²¹⁹.

Diante desse cenário, justifica-se a preocupação sobre o funcionamento eficiente do Poder Judiciário, como coeficiente necessário ao desenvolvimento econômico. Faz-se necessário o estudo destes problemas e das causas de sua ocorrência, a fim de instrumentalizar soluções adequadas para a sua solução.

Assim, justifica-se o uso dos preceitos trazidos pela Análise Econômica do Direito e, em especial, da importância das instituições e do conceito de eficiência, a fim de verificar os problemas que acometem o acesso eficiente à justiça no Brasil e instrumentalizar propostas de superação destes obstáculos.

Cappelletti e Garth em seu já citado estudo sobre acesso à justiça destacam que nenhum dos sistemas jurídicos modernos é imune de crítica²²⁰. E desde 1988 já reconheciam a importância da participação dos críticos de outras ciências, em especial da economia, para identificar os problemas comprometedores do acesso à justiça. Afirmavam que os operadores do direito não deveriam resistir aos “invasores”, economistas, cientistas políticos, sociólogos,

²¹⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 117.

²¹⁹ BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 29.

²²⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 7.

psicólogos, entre outros, mas sim respeitar seus enfoques e responder às críticas de forma criativa. Estes críticos, segundo estes autores, poderiam ser aliados na luta pelo acesso à justiça²²¹.

Luciano Timm em uma pesquisa realizada para o Conselho Nacional de Justiça sobre a eficiência do Poder Judiciário com entrevista pessoal qualitativa com cem pessoas, mais especificamente voltada ao estudo das causas da morosidade na Justiça em âmbito estadual (RS e PA)²²², constatou quatro motivações para litigar²²³.

A primeira delas estaria relacionada aos baixos custos de acesso e risco, pois “como não há custo, vale a pena tentar”, no caso da entrevista levada a efeito com uma empregada doméstica, levando-se em conta a sistemática dos Juizados Especiais e da concessão da assistência judiciária gratuita, no caso das Varas Comuns. Do mesmo modo, um dos empresários entrevistados afirmou que antes de ajuizar uma ação “faz a análise dos custos” que envolvem o processo, a fim de verificar a viabilidade, medindo-se os custos de acesso e a possibilidade dos benefícios eventualmente aferidos com aquela ação.

A segunda motivação elencada pelo estudo se relacionada à perspectiva de ganho decorrente de experiências alheias ou próprias, o que torna o processo um negócio. Trata-se da situação em que uma pessoa compartilha uma experiência judicial em que obteve êxito e aqueles que a ouvem e que já vivenciaram situações semelhantes, se veem estimulados a propor sua própria demanda na busca de resultados afins. A título de exemplo, cumpre citar as ações movidas contra as instituições financeiras, companhias de telefonia, empresas aéreas, dentre outras, normalmente na esfera dos direitos do consumidor.

Outra racionalidade para o aumento do litígio diz respeito ao uso instrumental da Justiça. O grupo que assim utiliza o Poder Judiciário não pretende a satisfação de sua pretensão, mas simplesmente uma negociação. O uso instrumental, neste caso, se verifica quando o Poder Judiciário é acionado como forma de coagir a outra parte a fazer um acordo ou obter um amparo protelatório. A parte promovente, na maioria dos casos não tem razão, mas usa os mecanismos processuais adequados para que possa se blindar ou protelar ao máximo a execução de uma penalidade.

²²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

²²² SANTOS, Ludmila. Uso instrumental da Justiça causa morosidade. **Revista Consultor Jurídico**, 13 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-13/sistema-judiciario-favorece-aumento-acoes-pesquisa-puc-rs>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

²²³ TIMM, Luciano Benetti. **Seminário Direito, Economia e Desenvolvimento**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011. Palestra. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-QcfkriuERU>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

Por fim, a quarta e última motivação verificada no estudo é aquela do “litigante dworkiano”²²⁴ que aciona a justiça com o objetivo de reconhecer um direito ou sua violação. Este grupo de litigantes procura obter uma sentença com fins pedagógicos. Em que pese esta motivação se traduzir na lógica apropriada e esperada para a utilização do Poder Judiciário é a que estimula a menor parte dos litigantes no cenário atual, segundo a pesquisa.

Isto porque, de acordo com a pesquisa, grande parte das pessoas que acionam o Poder Judiciário é composta por agentes calculadores, que calculam as chances que terão de se beneficiar ao recorrerem ao Poder Judiciário. Neste sentido, aqueles que fazem o uso instrumental da justiça e que, portanto, não objetivam o ganho da causa, não veem a celeridade como aspecto fundamental. Do mesmo modo, a previsibilidade e a segurança jurídica não se constituem como características necessárias ao funcionamento do Poder Judiciário, pois a ausência destes requisitos contribui para o uso instrumental da Justiça e incentiva a premissa de uma justiça lotérica, no sentido de que a ausência de custos de acesso justifica o risco.

Neste caso, verifica-se que, exceto para o litigante dworkiano, o sistema de justiça e, especialmente o Poder Judiciário brasileiro funciona de forma bastante eficiente. Proporciona amplo acesso formal a todos, compreendido pelo mero acesso postulatório dos indivíduos ao Poder Judiciário, sem a garantia de que a pretensão deduzida será eficientemente resolvida em tempo hábil a garantir a situação almejada com a propositura da demanda, sem prejuízos na hipótese de não sair vencido na demanda. Sob este aspecto, é interessante destacar a ausência de honorários sucumbenciais no âmbito dos Juizados Especiais em primeira instância. Porém, se traduz em um sistema instável em relação às decisões proferidas, o que dificulta prever as chances de êxito e de perda, bem como a confecção de acordos.

Estas características contribuem para a caracterização de um Poder Judiciário moroso, custoso, considerando que em virtude da instabilidade e da falta de harmonização das decisões judiciais faz-se necessário recorrer às instâncias superiores para obter o resultado esperado, e privado de credibilidade. Favorece sua utilização pelos litigantes que procuram obter vantagens com a justiça, esquecendo-se daqueles que, de fato, tiveram direitos ameaçados ou violados.

O Poder Judiciário brasileiro, pelo fato de não permitir previsões sobre as suas decisões, aumenta os custos de transação, impedindo a alocação eficiente de recursos e,

²²⁴ TIMM, Luciano Benetti. **Seminário Direito, Economia e Desenvolvimento**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011. Palestra. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-QcfkriuERU>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

consequentemente, o desenvolvimento econômico. Não atende às necessidades daqueles que deveria atender e gera desperdício de tempo e dinheiro, com demandas muitas vezes infundadas e de cunho estritamente protelatório. É, segundo os preceitos adotados pela AED, ineficiente.

Luciano Timm, à míngua da constatação destas racionalidades para litigar, conclui que o fato da justiça ser falha e lenta e a falta de incentivos corretos para os servidores não se constituem os principais óbices ao bom funcionamento do Poder Judiciário. Para o autor, o atual problema do Poder Judiciário pode ser explicado pela sobreutilização do sistema pelas pessoas que se aproveitam dos problemas relacionados à ineficiência para movimentarem a justiça.

No caso estudado, a falta de coerência das decisões judiciais conforme se observa no cenário atual, conduz a graves problemas de previsibilidade e segurança jurídica, o que incentiva o uso instrumental do Poder Judiciário. Esta prática abre espaço para a sobreutilização do Poder Judiciário, o que não é desejável para o desenvolvimento da economia.

A sobreutilização relaciona-se à “tragédia dos comuns”, locução empregada por Garrett Hardin quando buscou associar a ideia de tragédia às consequências negativas advindas do crescimento populacional. Deste então, a expressão é empregada em situações em que se verifica que “a ausência de limites para o acesso aos bens disponíveis em uma sociedade tende a propiciar a sua sobreutilização e o risco do seu esgotamento”²²⁵.

A tragédia, neste caso, é resultante da busca individual pela maximização da sua utilidade de forma infinita em um mundo cujos bens são finitos. Desse modo, o exercício dessa liberdade, ao invés de representar um resultado positivo, racionalmente esperado pelos indivíduos isoladamente, conduz à sobreutilização e ao esgotamento dos bens disponíveis²²⁶.

No cenário brasileiro, os rumos tomados pelo sistema de justiça têm conduzido à sobreutilização, projetando efeitos bastante semelhantes àqueles ocorridos na tragédia dos comuns. O acesso formal facilitado garante que todos aqueles que têm interesse, podem litigar, independentemente da racionalidade que os move. Esta facilitação gera uma sobrecarga de processos e demandas que somada ao número de varas e servidores existentes, resulta em uma prestação jurisdicional morosa e com custos altos, afetando, de certo modo, a eficiência.

²²⁵ AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. As Tragédias dos *Comuns* e dos *Anticomuns*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Coords.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 50-52.

²²⁶ Ibid. p. 52.

Além disso, a sobreutilização somada à falta de harmonia do sistema de justiça e a ampla flexibilidade do poder de decidir, conduz à imprevisibilidade das decisões judiciais, afetando a segurança jurídica, imprescindível ao bom funcionamento do sistema de justiça, enquanto instituição fundamental ao desenvolvimento.

A insegurança, neste aspecto, incentiva o uso instrumental da justiça que, como visto alhures, não é desejável em um sistema que busca alcançar a eficiência. Isto porque, repercute no aumento dos custos de transação incidentes sobre as trocas, prejudicando a alocação eficiente de recursos. Um sistema de justiça ineficiente nos sentidos apontados, não tem o condão de subsistir enquanto instituição indispensável ao desenvolvimento, evidenciando a necessidade de reformas neste sentido.

Assim, considerando que na sociedade atual há a escassez de recursos, os indivíduos devem fazer escolhas para maximizar seu bem-estar. Nesta sociedade, devido à incidência dos custos positivos de transação, as instituições e, em especial, o direito, protagonizam papel de extrema importância ao fornecer uma estrutura de incentivos que proporcione a alocação eficiente de recursos.

Esta estrutura deve ser apta a fornecer um ambiente favorável à realização das trocas, com a garantia de regras do jogo claras, estáveis e previsíveis, permitindo aos agentes com racionalidade limitada conhecer hoje, os efeitos posteriores de suas condutas. Regras claras, no sentido de ser conhecidas pelos indivíduos. Estáveis, evitando-se a geração de efeitos indesejáveis e imprevistos a respeito das regras do jogo. E, previsíveis, principalmente quanto à sua aplicabilidade pelos agentes responsáveis.

Um sistema de justiça que preenche a estes requisitos pode ser considerado eficiente, na medida em que possibilita o agir dos indivíduos dotados de racionalidade limitada no sentido de alocar os recursos escassos com eficiência, atendendo às necessidades humanas ilimitadas, que no caso podem ser compreendidas pelas necessidades dos indivíduos que, de fato, acionam o Poder Judiciário em virtude de ameaça ou violação a um direito e, assim, evitando o desperdício, que pode ser concebido, principalmente, pelo uso instrumental do Poder Judiciário.

4 O PROBLEMA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Nesta seção serão estudados de forma mais aprofundada os problemas do Poder Judiciário brasileiro, que impedem o seu funcionamento de forma eficiente.

Em um primeiro momento, serão analisados os casos que demonstram a imprevisibilidade das decisões judiciais. Serão apresentadas situações em que uma mesma regra foi interpretada de maneira diversa por Juízes ou Tribunais em casos iguais.

A título de exemplificação, serão abordados exemplos de lides bancárias, referentes à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às pessoas jurídicas, à repetição do indébito em dobro, à capitalização de juros e a discussão sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 2.170-36/2001 e a limitação dos juros à taxa de 12% a.a.

As decisões que serão analisadas foram obtidas mediante pesquisa nos repositórios de jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná, Mato Grosso, Minas Gerais, São Paulo, Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça. Em cada uma das pesquisas, foi inserido no campo de busca “aplicabilidade Código Defesa Consumidor pessoas jurídicas”, “repetição indébito dobro”, “capitalização juros” e “inconstitucionalidade Medida Provisória 2.170-36/2001” e “limitação juros 12%”. Na sequência, foi inserido o vocábulo “não” antes de cada uma destas instruções de buscas, a fim de se averiguar a existência de posicionamento em contrário. Foi dada prioridade às decisões mais recentes.

Considerando que estas decisões foram exemplificativas, entendeu-se suficiente uma ou no máximo duas decisões em sentido positivo e uma ou duas em sentido negativo, para exemplificar a divergência de entendimentos.

Com o mesmo objetivo, serão citadas decisões acerca do tema da caracterização do vínculo empregatício da diarista. Do mesmo modo, a pesquisa da jurisprudência se deu mediante consulta nos repositórios de jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho dos Estados do DF (TRT-10), SP (TRT-2 e TRT-15), AC, GO e RJ (TRT-14, TRT-18, TRT-1) e AL e PR (TRT-19 e TRT-9), com a inserção no campo de busca da sequência de palavras “diarista vínculo empregatício”, “diarista dias por semana vínculo” e “diarista vinculação empregatícia”. Do mesmo modo, procurou-se obter decisões proferidas nos últimos cinco anos e entendeu-se suficiente uma decisão de cada Tribunal para exemplificar a divergência de entendimentos.

Na sequência, serão abordados casos em que houve a mudança do entendimento da Corte sobre determinado tema, como é o caso da incidência do COFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social) para as sociedades civis e do direito ao creditamento de

insumos isentos, tributados à alíquota zero e com notação NT (não tributado). Como se tratam de casos paradigmáticos e estudados por autores como Misabel Derzi, por exemplo, as considerações a estes casos foram obtidas por meio de pesquisa doutrinária. Por este motivo também é que se optou por estudá-los de forma mais aproximada, haja vista que conforme será melhor explorado na primeira parte desta seção, tratam-se de casos em que houve a mudança do entendimento da Corte sobre determinado tema, independentemente de alteração legislativa sobre a matéria ou do cenário socioeconômico do país.

Por fim, será estudado ainda nesta primeira parte, um caso em que ocorreu mudança de entendimento por discricionariedade do magistrado, que passou a se filiar a uma nova corrente, adotando um novo modo de decidir, como ocorre no caso da questão discutida no Recurso Especial n. 1.201.993, em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça.

A escolha deste caso, cujo REsp foi, inclusive, selecionado como representativo da controvérsia no Superior Tribunal de Justiça se deu em virtude de sua relevância no âmbito das Execuções Fiscais. A pesquisa ocorreu por meio da pesquisa no repositório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e de outros trabalhos doutrinários existentes sobre a temática, dada sua relevância no cenário atual.

Na segunda parte desta seção será estudado o fenômeno da judicialização da política e a prática do ativismo judicial. Partindo de um arcabouço histórico, será demonstrado o surgimento deste fenômeno no Brasil e seus consectários em relação à previsibilidade das decisões judiciais. As decisões judiciais citadas na parte introdutória da seção foram extraídas por meio de pesquisa doutrinária sobre o tema.

Na sequência será analisada de forma mais específica como é tratada a questão relativa aos planos de saúde no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Para tanto, foi efetuada uma pesquisa no repositório de jurisprudência do TJPR, com filtro para as decisões proferidas pelas 8ª, 9ª e 10ª Câmaras Cíveis – com competência exclusiva para a análise de ações decorrentes de plano de saúde. Todas as decisões selecionadas são do ano de 2014 e, portanto, atualizadas. No campo de busca foram inseridos os vocábulos “cobertura plano saúde”, “justiça social cobertura plano saúde”, “cobertura procedimento não previsto contrato plano saúde” e “cobertura procedimento excluído ANS” e entendeu-se adequada a seleção de até cinco decisões sobre cada aspecto tratado na seção.

Por fim, para finalizar a seção será dedicado um espaço para o estudo da origem do problema apresentado. Revolvendo as bases do sistema de justiça brasileiro, serão apontadas as possíveis causas dos obstáculos ao acesso eficiente à justiça e a necessidade de

instrumentalização de soluções para lhe atribuir a almejada eficiência, como instituição indispensável ao desenvolvimento econômico.

4.1 A (IM)PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Na seção 2, verificou-se a necessidade de que o sistema de justiça, como instituição imprescindível ao desenvolvimento econômico, seja dotado de segurança jurídica, no sentido de ser previsível, cognoscível e confiável. Deve, portanto, proporcionar o conhecimento do direito posto à sociedade, a forma como será aplicado e garantir uma uniformidade e estabilidade nesta aplicação.

Na sequência, complementou-se o entendimento de que esta segurança estaria diretamente relacionada à eficiência do acesso à justiça. Esta eficiência, por sua vez, pode ser aferida caso a caso, a depender da possibilidade de aplicação de um dos critérios de eficiência adotados neste estudo.

Atingiu-se a conclusão de que um sistema de justiça eficiente é aquele que permite aos indivíduos conhecer com clareza as regras do jogo e sua aplicação e que atende às necessidades ilimitadas sem gerar desperdício. Desta forma, garante-se a coerência e a previsibilidade, protegendo-se a confiança das pessoas na aplicação da lei e atribuindo-se credibilidade ao sistema de justiça.

Ocorre que, como também sugerido alhures, o Poder Judiciário brasileiro encontra sérias dificuldades em posicionar-se como um sistema de justiça eficiente. A ele são associados qualificativos indesejáveis como imprevisibilidade, instabilidade, o que afasta a possibilidade dos indivíduos aquilatarem hoje as consequências futuras de algumas de suas condutas.

A ausência de previsibilidade e, portanto, de segurança jurídica, se verifica em diversos ramos do direito. Acerca de um mesmo tema, pode-se perceber a ocorrência de interpretação de maneira diversa por Juízes ou Tribunais, resultando em posicionamentos divergentes sobre um mesmo problema. Assim, enquanto uns obtêm, outros deixam de obter a tutela jurisdicional sobre um mesmo tema²²⁷. A propósito, afirma Eduardo Cambi que “quando uma mesma regra ou princípio é interpretado de maneira diversa por Juízes ou Tribunais em casos iguais, isso gera insegurança jurídica, pois, para o mesmo problema, uns obtêm e outros deixam de obter a tutela jurisdicional”.

²²⁷ CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, v. 786, 108-128, abr. 2001. p.111.

É o que se observa, com bastante frequência, nas lides bancárias. A questão atinente à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às pessoas jurídicas, à repetição do indébito em dobro, à capitalização de juros e a discussão sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 2.170-36/2001 e a limitação dos juros à taxa de 12% a.a., têm interpretação diversa, a depender do Tribunal a que foi submetida sua apreciação²²⁸.

No que se refere à aplicação do Código de Defesa do Consumidor às pessoas jurídicas, é possível encontrar decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no sentido de ser possível a aplicação da legislação consumerista à pessoa jurídica, por considerá-la como “consumidor-equiparado”. Considera-se, portanto que:

a pessoa jurídica é considerada ‘destinatária final’ mesmo quando ‘(...) adquire produto ou serviço com finalidade de produção de outros produtos ou serviços, desde que estes, uma vez adquiridos, sejam oferecidos regularmente no mercado de consumo, independentemente do uso e destino que o adquirente lhes vai dar’ (Rizzatto Nunes), pois, em tais circunstâncias, o Código de Defesa do Consumidor reputa a pessoa jurídica como ‘consumidor-equiparado’²²⁹.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso em um caso envolvendo uma microempresa, entendeu pela inexistência de qualquer óbice à aplicação do Código de Defesa do Consumidor à pessoa jurídica, pois “ainda que a microempresa não seja a destinatária final econômica dos produtos e serviços adquiridos do banco, pode ser considerada consumidora (art. 2º, do CDC), uma vez constatada a sua vulnerabilidade e hipossuficiência, na relação jurídica, perante o fornecedor”²³⁰.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, em análise à mesma matéria, repele a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, em razão do enquadramento da atividade da pessoa jurídica como de consumo intermediária, que não se enquadra na categoria de consumidor final nos termos do art. 2º, do CDC²³¹.

²²⁸ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; HATOUM, Nida Saleh. As lides bancárias e as consequências para o funcionamento do Poder Judiciário Brasileiro. In: **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais** – RDB, ano 17, v. 63, p. 31-42, jan./mar. 2014. p. 33-35.

²²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 661523-2**. 15ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Carlos Gabardo. DJe 15/06/2010. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/e-dj/publico/diario/baixar.do?tjpr.url.crypto=54ae99c20662aa5bee0b87ee38c544af1e2f570d02c079bfa181437e ebe12eae#page=427>. Acesso em: 28 out. 2014.

²³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. **Apelação 94442/2011**. 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Dirceu dos Santos. DJe 09/04/2012. Disponível em: <http://sistemadje.tjmt.jus.br/publicacoes/8786-2012.pdf>. Acesso em: 28 out. 2014.

²³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial nº 956.201/SP**. 4ª Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 18/08/2011. DJe 24/08/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17001862&num_registro=200701216847&data=20110824&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 28 out. 2014; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 716.386/SP**. 4ª Turma. Relator: Min. Aldir

Em relação à repetição do indébito em dobro, enquanto o Superior Tribunal de Justiça admite que “deve ser restituída em dobro a quantia cobrada a mais em razão de cláusulas contratuais nulas, constantes de contrato de financiamento para aquisição de veículo com garantia de alienação fiduciária”²³², o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná impõe a repetição apenas na hipótese de má-fé do fornecedor²³³.

No que se refere à possibilidade de capitalização de juros e a discussão sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 2.170-36/2001, a divergência se configura entre Tribunais da Justiça Estadual. Enquanto o Tribunal de Justiça do Paraná entende ser “vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”²³⁴, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua vez, admite a capitalização, ao argumento de que “não há irregularidade em razão da permissão de sua cobrança a partir da MP nº 1.963-17/2000, reeditada pela MP nº 2.170-36/2001” uma vez que, segundo seu entendimento “já é pacífico que a Lei da Usura não se aplica às instituições financeiras, conforme consignado na Súmula 596 do STF”²³⁵.

Quanto à limitação dos juros à taxa de 12% ao ano ou à taxa média de mercado, verifica-se também a existência de divergência jurisprudencial com relação ao posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da

Passarinho Junior. Julgado em: 05/08/2008. DJe 15/09/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1641997&num_registro=200401828784&data=20080915&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2014.

²³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 328.338/MG**. 4ª Turma. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em: 15/04/2003. DJ 30/06/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=403685&num_registro=200100712773&data=20030630&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2014.

²³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 743574-3**. 15ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Carlos Gabardo. Julgado em: 23/03/2011. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/e-dj/publico/diario/baixar.do?tjpr.url.crypto=93624092bee02495ee0b87ee38c544af1e2f570d02c079bfa181437eebe12eae#page=1044>>. Acesso em: 28 out. 2014; e BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 733913-7**. 15ª Câmara Cível. Relatora: Juíza de Dto. Subst. em 2º Grau Elizabeth M. F. Rocha. Julgado em: 20/04/2011. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/e-dj/publico/diario/baixar.do?tjpr.url.crypto=970c83f30f6c41c7ee0b87ee38c544af1e2f570d02c079bfa181437eebe12eae#page=1329>>. Acesso em: 28 out. 2014.

²³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 701637-5**. 16ª Câmara Cível. Relator: Des. Paulo Cezar Bellio. DJe 24/01/2011. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/e-dj/publico/diario/baixar.do?tjpr.url.crypto=1e888eba9115f7e7ee0b87ee38c544af1e2f570d02c079bfa181437eebe12eae#page=906>>. Acesso em: 28 out. 2014.

²³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. **Apelação Cível 9214717-65.2009.8.26.0000**. 11ª Câmara de Direito Privado. Relator: Marino Neto. Julgado em: 17/01/2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=9214717-65.2009.8.26.0000&cdProcesso=RJZ00TBN40000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5SP&cdServico=190201&ticket=i04aS9XrwCeLvYtoLE8mzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvy06IXyzeFf4oUR7HfK1lSX01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwx5sPNke3nisD%2B0ffAJdvVpgkfleWlvcVFb38V5t4%2BsO3WXyYSPUyMD8OHOOEU%2BFGMLmjfQrmdaOZ23t5Y9117i1lgngethew7%2FP81Dxb5Dw%3D>>. Acesso em: 28 out. 2014.

espécie, divulgada pelo BACEN, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente”²³⁶. De outro lado, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, posiciona-se no sentido de que em um contrato bancário, “a estipulação de juros moratórios, decorrente do inadimplemento da obrigação, superior a 1% por cento ao mês, afronta o artigo 161, § 1º do Código Tributário Nacional”²³⁷. No mesmo sentido, é possível encontrar decisões no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul²³⁸.

Considerando que, nos termos do relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2013 os Bancos ocupam o primeiro lugar na Justiça Estadual, o segundo lugar no âmbito da justiça federal e o terceiro lugar na Justiça do Trabalho²³⁹, como partes integrantes do processo (autor e réu), ficando na consolidação das três Justiças em segundo lugar com 10,88% dos processos ingressos no período de 10 meses, analisado entre 01.01.2011 e 31.10.2011, o que se pode observar é que a divergência de entendimentos sobre um mesmo tema contribui imensamente para a busca pelo Poder Judiciário²⁴⁰.

A ausência de estabilidade nas decisões cria um ambiente favorável ao manejo de lides aventureiras, em que as partes, filiando-se a um entendimento que se mostra conveniente em determinada situação, buscam até as instâncias superiores, a confirmação daquele posicionamento ocasionalmente favorável. A consequência é nada mais que a sobreutilização do Poder Judiciário com demandas muitas vezes temerárias²⁴¹.

²³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.112.879/PR**. 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 12/05/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=971696&num_registro=200900158318&data=20100519&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2014.

“[...] Na falta de contrato ou não havendo pactuação e taxa de juros remuneratórios, prevalece a taxa média de mercado. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 1059546/SE**. 3ª Turma. Relator: Min. Vasco Della Giustina. Julgado em: 18/11/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1022736&num_registro=200801335261&data=20101125&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2014, grifo nosso).

²³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0024.11.308252-3/001**. 13ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Carlos Gomes da Mata. Julgado em: 22/05/2014. Publicado em: 30/05/2014. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10024113082523001>. Acesso em: 29 out. 2014.

²³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70050758846**. 15ª Câmara Cível. Relator: Des. Angelo Maraninchi Giannakos. Julgado em: 27/03/2013. DJ 04/04/2013. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2013&codigo=422589>. Acesso em: 29 out. 2014.

²³⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2014.

²⁴⁰ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; HATOUM, Nida Saleh. As lides bancárias e as consequências para o funcionamento do Poder Judiciário Brasileiro. In: **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais** – RDB, ano 17, v. 63, p. 31-42, jan./mar. 2014. p. 37-38.

²⁴¹ Ibid. loc. cit.

Outro tema que tem ganhado relevância no cenário atual e que a divergência de entendimento entre os Tribunais dos Estados é amplamente reconhecida, diz respeito à caracterização do vínculo empregatício da diarista. Para alguns Tribunais Regionais do Trabalho, para que uma diarista possa ser considerada empregada doméstica, faz-se necessário o laboro por mais de dois dias (DF²⁴², PE, TO, PA, SC). Para outros, três dias (BA, CE, MT, PI, SP²⁴³) e, ainda, para outros Estados, faz-se necessário que a diarista trabalhe por mais de três dias para que tenha reconhecido o vínculo empregatício (AC²⁴⁴, GO²⁴⁵, RJ²⁴⁶, RO). Isto sem mencionar os Estados em que não há entendimento majoritário sobre a questão, havendo a divergência interpretativa dentro de um mesmo Estado (AL²⁴⁷, AM, MA, AP, MS, MG, RS, PA, PR²⁴⁸, RR)²⁴⁹. A falta de alinhamento também estimula demandas neste tema.

²⁴² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho - 10ª Região. **Embargos de Declaração 00416-2011-015-10-00-3/RO**. 1ª Turma. Relator: Juiz Paulo Henrique Blair. Julgado em: 10/08/2011. Publicado em: 19/08/2011. Disponível em:

<http://www.trt10.jus.br/consweb_gsa/gsa_segunda_instancia.php?tip_processo_trt=RO&ano_processo_trt=2011&num_processo_trt=7273&num_processo_voto=265433&dta_publicacao=30/09/2011&dta_julgamento=21/09/2011&embargo=ED&tipo_publicacao=DEJT&termos=416>. Acesso em: 29 out. 2014.

²⁴³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho - 2ª Região. **Recurso Ordinário 00016228420128020464**. 3ª Turma. Relator: Des. Nelson Nazar. Julgado em: 25/06/2013. Publicado em: 03/07/2013. Disponível em: <<http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?viewPdf=&id=593956>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho - 15ª Região. **Recurso Ordinário 0002916-70.2012.5.15.0025**. 4ª Turma. Relator: Luiz Roberto Nunes. Publicado em: 29/05/2013. Disponível em: <<http://www.trt15.jus.br/consulta/owa/documento.rtf?pAplicacao=DOCASSDIG&pId=8761438>>. Acesso em: 29 out. 2014.

²⁴⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho - 14ª Região. **Recurso Ordinário 0000385-61.2011.5.14.0061**. 2ª Turma. Relatora: Des. Socorro Miranda. Julgado em: 10/11/2011. Publicado em: 11/11/2011. Disponível em: <http://pesquisa.trt14.jus.br/search?q=cache:0Nrh5qWce7oJ:jurisprudencia.trt14.jus.br/acordaos/novos/?id=6-RO%2000385201106114000++++inmeta:DATA_CIRCULACAO:daterange:2011-11-11..2011-11-11&client=front_desenv&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=front_desenv&ie=UTF-8&site=acordaos_feeder&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 29 out. 2014.

²⁴⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho - 18ª Região. **Recurso Ordinário 0001446-90.2011.5.18.0013**. 2ª Turma. Relator: Des. Paulo Pimenta. DEJT nº 875/2011, de 14/12/2011. Disponível em: <http://sistemas.trt18.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_tab=sap290&p_id=141703&p_num=10408&p_ano=2011&p_cid=RO&p_tipproc=RO&p_dataut=23/11/2011&p_npag=x>. Acesso em: 29 out. 2014.

²⁴⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho - 1ª Região. **Recurso Ordinário 0001382-78.2010.5.01.0081**. 1ª Turma. Relator: Gustavo Tadeu Alkmim. Julgado em: 06/08/2013. Publicado em: 19/08/2013. Disponível em: <<http://www.trt1.jus.br/trt-consultaprocessual-portlet/DocumentoServlet?sqDocumento=34590762>>. Acesso em: 29 out. 2014.

²⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho - 19ª Região. **Recurso em Rito Sumaríssimo 0022200-49.2008.5.19.0007**. Relator: Des. Antônio Catão. Julgado em: 27/05/2008. Publicado em: 11/06/2008. Disponível em: <<http://www.trt19.jus.br/siteTRT19/JSPs/inst2/AcordaoPorDataSelecionado.jsp?ano=2008&vara=7&proc=22200&acao=55&numacordao=1&processo=85363&descAcao=RECURSO%20EM%20RITO%20SUMAR%20CDSSIMO>>. Acesso em: 29 out. 2014.

²⁴⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho - 9ª Região. **Recurso Ordinário 00303-2009-594-09-00-1**. 4ª Turma. Relator: Des. Luiz Celso Napp. Julgado em: 23/09/2009. Publicado em: 06/10/2009. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/publicacao_pdf_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=308465&procR=AAASSABaAACICGAO&ctl=308465>. Acesso em: 29 out. 2014.

²⁴⁹ GELEDÉS INSTITUTO DA MULHER NEGRA. **Doméstica ou diarista: veja como a Justiça define quem é quem**. Disponível em: <<http://arquivo.geledes.org.br/areas-de-atuacao/questoes-de>>.

Cite-se ainda, o caso do art. 648, inc. IV, do Código de Processo Civil, que proíbe a penhora dos rendimentos do trabalhador autônomo. Em que pese à determinação legal, o que se observa é que, na prática, os Tribunais dos Estados do Paraná e do Mato Grosso, assim como o Superior Tribunal de Justiça, têm admitido a penhora de rendimentos em certos casos²⁵⁰. Este entendimento decorre da jurisprudência adotada pelo Superior Tribunal de Justiça que decorre de uma interpretação *contra legem* do dispositivo²⁵¹.

Os exemplos abordados evidenciam a divergência jurisprudencial entre os órgãos do Poder Judiciário a respeito de uma questão idêntica. Trata-se da existência simultânea, ou seja, dentro de um mesmo espaço de tempo, de entendimentos diversos a respeito de idênticas questões de fato.

Mas a imprevisibilidade das decisões judiciais não se restringe a este aspecto. Há o problema, ainda, de mudança do entendimento da Corte sobre determinado tema, independentemente de alteração legislativa sobre a matéria ou do cenário socioeconômico do país.

Neste aspecto, salienta-se a mudança de entendimento a respeito da incidência do COFINS para as sociedades civis (RE-AgRg 574052). A Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, isentou de pagamento as Sociedades Civis elencadas no Decreto-Lei nº

genero/domesticas/18278-domestica-ou-diarista-veja-como-a-justica-define-quem-e-quem>. Acesso em: 21 ago. 2014.

²⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial nº 1.297.419/SP**. 3ª Turma. Relator: Min. Sidnei Beneti. Julgado em: 19/04/2012. DJe 07/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1140835&num_registro=201102929786&data=20120507&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento 940739-6**. 12ª Câmara Cível. Relatora: Juíza de Dto. Subst. em 2º Grau Angela Maria Machado Costa. Julgado em: 27/03/2013. DJ 15/04/2013. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/e-dj/publico/diario/baixar.do?tjpr.url.crypto=b6155cf1edf3cc4d>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento 830839-6**. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Rosana Amara Girardi Fachin. Julgado em: 19/01/2012. DJe 09/02/2012. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/e-dj/publico/diario/baixar.do?tjpr.url.crypto=3f7d869507e1a48dee0b87ee38c544af1e2f570d02c079bfa181437e ebe12eae#page=1381>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento 109046/2009**. 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Sebastião de Moraes Filho. Julgado em: 18.11.2009. Publicado em: 01/12/2009. Disponível em: <<http://servicos.tjmt.jus.br/processos/tribunal/ViewAcordao.aspx?key=328011d6-7dbf-4a0c-917c-ebdc554b757a>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 0309008-45.2011.8.26.0000**. 18ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Roque Antonio Mesquita de Oliveira. Julgado em: 04/07/2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0309008-45.2011.8.26.0000&cdProcesso=RI0014I650000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5S P&cdServico=190201&ticket=gE66W3I%2FcfIF2ghOM%2Fh%2FIOzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4 IUZbNOKN4F0xYudKlvR%2BsHU5cDW7PUxXECUdDYDn01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2 Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwx5sPNke3nisD%2B0ffAJdvVpxJSI82emJMtwsYEAQSaDxvk2cliYGue%2F9RouEWE%2Bh3zoo3dKf4Gtb%2FOSUIt%2FAJe%2BZle4uQsbxwu4OEDqD3kg%3D>>. Acesso em: 29 out. 2014.

²⁵¹ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Previsibilidade das decisões judiciais como fator de desenvolvimento. **Revista da Ajuris**, v. 40, n. 132, p. 167-184, dez. 2013. p. 178.

2.397/1987. Sobre esta matéria, a partir do primeiro julgamento sobre o caso, no ano de 1998, todas as decisões subsequentes foram no sentido de isentar as Sociedades Civis do pagamento da COFINS, ensejando a edição da Súmula nº 276 do STJ. Entretanto, com a subida de recursos ao Supremo Tribunal Federal, no ano de 2003, o posicionamento foi alterado, tendo a Suprema Corte se posicionado favoravelmente ao recolhimento da COFINS pelas ditas sociedades, revertendo totalmente a tendência jurisprudencial firmada pelo Superior Tribunal de Justiça²⁵².

O mesmo ocorreu no caso do direito ao creditamento de insumos isentos, tributados à alíquota zero e com notação NT. O Supremo Tribunal Federal, na primeira oportunidade em que se manifestou sobre o caso (RE 212.484-2) decidiu que havia o direito ao creditamento de matéria prima isenta, utilizada na fabricação de produto industrializado sobre o qual o IPI incide com alíquota positiva. Este posicionamento foi referendado pelos Tribunais Regionais Federais, tendo a matéria se tornado objeto de decisão monocrática, nos termos do que permite o art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, o art. 38, da Lei nº 8.038/1990 e o art. 21, § 1º, do RISTF.

Contudo, no ano de 2003, com o julgamento do Recurso Extraordinário de nº 370.682, inaugurou-se a divergência no sentido de que não mais haveria o direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos ou sujeitos à alíquota zero. A alteração do entendimento foi mantida no julgamento do Recurso Extraordinário de nº 353.657, e hoje o entendimento adotado pela Suprema Corte é este inaugurado pelos REs 370.682 e 353.657, favorável, portanto, à Fazenda Pública²⁵³.

O que atrai atenção para este exemplo específico é que a alteração de entendimento ocorreu sem ter havido qualquer mudança no Texto Constitucional ou no cenário socioeconômico do país. Sem discutir a questão em seu mérito, salienta Misabel Abreu Machado Derzi que:

interessa, apenas, que quase cinco anos depois, a mudança de entendimento da Corte suscita a questão de ordem, que envolve princípios de alta relevância como segurança jurídica, irretroatividade, proteção da confiança e boa fé. Pela primeira vez, foi posta a indagação em matéria tributária. Sabemos que, durante o período em que vigorou o entendimento anterior, favorável aos contribuintes e, agora, superado pelo Tribunal, cerca de sessenta recursos extraordinários encaminhados àquela Corte Constitucional, por causa dele e nele assentados, foram julgados monocraticamente por vários ministros do próprio Tribunal, então convencidos de sua definitividade. Convém esclarecer que muitos contribuintes, confiantes na posição aparentemente

²⁵² ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Previsibilidade das decisões judiciais como fator de desenvolvimento. **Revista da Ajuris**, v. 40, n. 132, p. 167-184, dez. 2013. p. 179.

²⁵³ Ibid. loc. cit.

pacificada pelo Supremo Tribunal, em especial aqueles que obtiveram tais decisões monocráticas em seu favor, efetivamente se creditaram do imposto, registrando os créditos em seu balanço, na forma autorizada por aquela jurisprudência que viria a ser modificada posteriormente²⁵⁴.

E prossegue afirmando que ao apreciar a questão de ordem levantada pelo Ministro Lewandowski, a Corte não reconheceu a confiança a ser protegida e nem o direito à segurança ou a irretroatividade da nova decisão, ao argumento de que a questão anterior não teria transitado em julgado, inobstante o transcurso de mais de cinco anos. Segundo Misabel Derzi, a Corte “ao negar efeitos *ex nunc*, meramente prospectivos à nova decisão” consentiu com os efeitos retroativos *ex tunc*, da nova decisão “que deverá alcançar os fatos geradores ocorridos nos últimos cinco anos, cobrando-se o tributo devido com elevados acréscimos, inclusive multas e penalidades pecuniárias”²⁵⁵.

Neste caso, a previsibilidade e o planejamento dos contribuintes na tomada de decisões, assim como direitos e garantias fundamentais como segurança, irretroatividade e boa fé foram colocados em xeque²⁵⁶.

Há, inclusive, a ocorrência de mudança de entendimento por discricionariedade do magistrado, que passa a se filiar a uma nova corrente, adotando um novo modo de decidir. É o caso da questão discutida no Recurso Especial n. 1.201.993, em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça. O recurso, selecionado como representativo da controvérsia, discute a adoção da teoria *actio nata* para a contagem do prazo prescricional para o redirecionamento da ação de execução fiscal contra os terceiros responsáveis. A teoria, sustentada pela Fazenda Pública e em grande parte aceita pela jurisprudência²⁵⁷, sustenta que o nascimento da pretensão do redirecionamento ocorreria apenas a partir da ciência acerca da inexistência de bens de propriedade da empresa ou de sua dissolução irregular²⁵⁸.

Contudo, o posicionamento contraria o que estabelece o artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais (Lei n. 6.380/1980), que prescreve: “o Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e,

²⁵⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência**: proteção da confiança, boa fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009. p. 205-206.

²⁵⁵ Ibid. p. 206.

²⁵⁶ Ibid. p. 207.

²⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial nº 971.630/RS**. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 12/02/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=752417&num_registro=200701771562&data=20080331&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2014.

²⁵⁸ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; FOLLONI, André Parmo. A aplicação da *actio nata* no redirecionamento das execuções fiscais e seus reflexos no desenvolvimento e na segurança jurídica. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, 2014 (no prelo).

nesses casos, não correrá o prazo de prescrição”. Este artigo estabelece a possibilidade de suspensão da execução pelo prazo de um ano (cf. § 2o), na falta de localização do devedor ou dos bens penhoráveis, sem que corra a prescrição. Transcorrido o prazo e mantida a condição, a determinação é a de que os autos sejam arquivados, podendo ser requerido seu desarquivamento, a qualquer tempo, encontrado o devedor ou os bens²⁵⁹.

A Fazenda Pública, lastreada na teoria da *actio nata*, defende a possibilidade desse desarquivamento “a qualquer tempo” quando, no curso da execução, descobre-se o fato que autorizaria o redirecionamento²⁶⁰. Isso, anote-se, sem qualquer previsão legal a respeito e mediante o recurso à teoria da “linguagem competente”, já amplamente comentada pela doutrina²⁶¹.

Esta interpretação torna a execução fiscal imprescritível e, por este motivo, o artigo 40 da LEF tem sido alvo de críticas. A principal delas, pertinente ao presente estudo, está relacionada à segurança jurídica²⁶².

Gera-se insegurança jurídica quando a jurisprudência passa a filiar-se a uma nova corrente, desprovida de amparo legal²⁶³. Neste aspeto, Humberto Ávila destaca a necessidade de segurança jurídica na aplicação das normas, mediante elementos argumentativos e elementos processuais²⁶⁴. Os primeiros dependem do uso de estruturas claras de raciocínio, presentes quando as premissas e as conclusões do raciocínio são esclarecidas e fundadas no ordenamento jurídico, bem como quando de sua construção, encontram-se em consonância com os critérios racionais de argumentação, baseados, portanto, na sua consistência formal e na sua coerência material. Os elementos processuais dizem respeito ao procedimento, que permite e considera a ampla defesa e o contraditório, assim como a garantia de fundamentação estrita e lógica das decisões²⁶⁵.

A existência de muitas interpretações para a mesma norma equivaleria à existência de muitas normas para o mesmo caso, gerando forte insegurança e tirando, da lei, seu papel de

²⁵⁹ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; FOLLONI, André Parmo. A aplicação da *actio nata* no redirecionamento das execuções fiscais e seus reflexos no desenvolvimento e na segurança jurídica. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, 2014 (no prelo).

²⁶⁰ Ibid.

²⁶¹ COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência das normas jurídicas**: crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BORGES, José Souto Maior. **Curso de direito comunitário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; FOLLONI, André Parmo. **Ciência do direito tributário no Brasil**: crítica e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁶² ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; FOLLONI, André Parmo. op. cit.

²⁶³ Ibid.

²⁶⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica** – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 148.

²⁶⁵ Ibid. loc. cit.

estabilização e previsibilidade²⁶⁶. A ausência de julgamentos uniformes sobre uma mesma questão torna imprevisível a sua solução para casos futuros, afetando a segurança jurídica principalmente no seu viés referente à previsibilidade²⁶⁷.

Assim, no caso da *actio nata* há o afastamento das regras criadas pelo Poder Legislativo mediante uma proposta teórica, desprovida de amparo legal, “além de violar a legitimidade democrática da opção do Poder competente, e deixar o Direito suscetível ao arbítrio dos teóricos, fere a segurança jurídica, uma vez que, na prática, torna as execuções fiscais imprescritíveis”²⁶⁸.

Este exemplo, assim como os outros trazidos nesta seção, exemplificam situações da crise de previsibilidade que enfrenta o Poder Judiciário brasileiro, comprometendo sua efetividade, “pois indubitavelmente não é capaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas”²⁶⁹.

Luiz Guilherme Marinoni, sem ignorar as normas constitucionais que preveem as funções do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de uniformizar a interpretação da lei federal e de afirmar o sentido das normas constitucionais, respectivamente, pondera que “torna-se estarrecedor perceber que a própria missão de garantir a unidade do direito federal, atribuída e imposta pela Constituição ao Superior Tribunal de Justiça, é completamente desconsiderada na prática jurisprudencial brasileira”. E prossegue afirmando que as decisões do Superior Tribunal de Justiça não são respeitadas nem no âmbito desta Corte, haja vista o número de embargos de divergência em trâmite perante aquele Tribunal Superior. As Turmas muitas vezes não respeitam as decisões das Seções “e, o que é pior, entendem-se livres para decidir casos iguais de forma desigual”²⁷⁰.

Agrava-se a possibilidade de desconsideração de parte dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais em relação às decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça²⁷¹.

Este modo de agir se configura como um “atentado contra a essência do direito e contra a efetividade do sistema jurídico”²⁷², na medida em que se considera a segurança

²⁶⁶ GOUVEIA, Lúcio Grassi de; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Criação judicial do direito e importância dos precedentes. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, 123-143, out./dez. 2012. p. 11.

²⁶⁷ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; FOLLONI, André Parmo. A aplicação da *actio nata* no redirecionamento das execuções fiscais e seus reflexos no desenvolvimento e na segurança jurídica. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, 2014 (no prelo).

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 125.

²⁷⁰ Ibid. loc. cit.

²⁷¹ Ibid. p. 126.

jurídica como um direito fundamental e subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito.

É imprescindível, em primeiro lugar, que o sistema de justiça seja coerente. Ora, as leis devem ser elaboradas com cautela, atentando-se aos casos concretos e às transformações sociais. Dotadas de constitucionalidade, são válidas e devem ser aplicadas nos variados graus de jurisdição de maneira uniforme.

Isto porque, conforme salienta Marinoni:

não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais ordinários não se veem como peças de um sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem. A estabilidade das decisões, portanto, pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de decisões, o que, lamentavelmente, não ocorre no Brasil, onde ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua “justiça” e não para colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões²⁷³.

Um sistema jurídico privado de previsibilidade não pode subsistir enquanto tal. Pelo fato de não permitir a previsão dos efeitos dos comportamentos adotados pelos indivíduos, o que dificulta a realização de trocas e a alocação eficiente de recursos, figurando-se como um verdadeiro óbice ao desenvolvimento econômico.

Além disso, gera descrédito em relação às instituições sociais, ao Direito e ao Poder Judiciário²⁷⁴. O desenvolvimento de um país, conforme já foi objeto de estudo nas seções precedentes, deve ter como base propulsora instituições fortes, dotadas de eficiência e confiança da sociedade em fornecer respostas com a qualidade esperada para satisfazer seus anseios.

4.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

Outro fator que tem contribuído em grande parte para a falta de previsibilidade das decisões judiciais e gerado insegurança jurídica, é o crescimento da prática do ativismo judicial decorrente da judicialização da política, inaugurada no período pós Constituição Federal de 1988 e instrumentalizada pela Emenda Constituição n. 45/2004.

²⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 126.

²⁷³ Ibid. p. 128.

²⁷⁴ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; FOLLONI, André Parmo. A aplicação da *actio nata* no redirecionamento das execuções fiscais e seus reflexos no desenvolvimento e na segurança jurídica. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, 2014 (no prelo).

Para que se entenda o fenômeno social da judicialização da política no Brasil, faz-se necessário, ainda que de forma breve, remontar ao surgimento deste movimento no mundo e como ocorreu a projeção de seus reflexos no Brasil.

O período posterior à Segunda Guerra Mundial foi considerado um marco para o Direito no mundo todo, na medida em que contribuiu para a superação das atrocidades cometidas durante a existência dos regimes totalitários²⁷⁵. Foi necessário romper com a estrutura legislativa que lhes atribuía legitimidade por meio do argumento de obediência a um formalismo rigoroso, de mera observação do procedimento adequado para a criação das leis. Com efeito, o fim da Segunda Guerra “impulsionou um rearranjo institucional que visava à garantia de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, configurando-se, assim, a transição do que se conhecia por Estado Legislativo de Direito para um Estado Constitucional de Direito”²⁷⁶.

Assim, a partir da segunda metade do Século XX e, com mais ênfase, no Século XXI, as teorias pós-positivistas passaram a ganhar espaço, pregando a necessidade de uma relação intrínseca entre Direito e Moral. As Constituições passaram a assumir uma nova feição em razão de seu caráter principiológico, possibilitando a interpretação ampla da norma e exigindo sua compatibilidade com os princípios constitucionais²⁷⁷. No mesmo sentido, afirma Lenio Streck que o direito, no segundo pós-guerra, assume-se como um novo paradigma. O velho positivismo que havia cindido direito e moral agora é suplantado pela tese da cooriginariedade entre direito e moral²⁷⁸.

Em função dos princípios e de sua abstração, a interpretação das normas assumiu uma nova feição, de ordem constitucional. “Essa nova hermenêutica constitucional preocupa-se com raciocínios mais complexos do que a subsunção e impõe o desenvolvimento de uma teoria da argumentação jurídica e também de uma teoria das decisões judiciais”²⁷⁹.

²⁷⁵ VALLE, Vanice Regina Lirio do (Org.). **Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009. p. 32.

²⁷⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial** – Limites da atuação do Poder Judiciário –. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 40.

²⁷⁷ ROSSI, Amélia do C. S.; BARBOSA, Claudia Maria. A cidadania emergente no constitucionalismo latino-americano. In: TAVARES NETO, José Querino; SILVA, Juvêncio Borges da. **Ações coletivas e construção da cidadania**. Curitiba, Juruá, 2013. p. 63.

²⁷⁸ STRECK, Lenio Luis. Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o direito? **Revista Consultor Jurídico**, 28 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito?>>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

²⁷⁹ ROSSI, Amélia do C. S.; BARBOSA, Claudia Maria. op. cit. loc. cit.

O Poder Judiciário passou a exercer papel determinante na definição de certos padrões a serem respeitados, resultando no fenômeno da judicialização da política²⁸⁰.

O Brasil, em virtude dos rumos políticos de sua trajetória, não vivenciou as transformações sociais ocorridas na Europa no pós-guerra. Fez-se necessário, então, fundamentar teoricamente o caráter de supremacia (material) assumido pela Constituição de 1988, uma vez que a proposta pós-positivista do modelo liberal-individualista, não estaria apta para esta finalidade. Da jurisprudência dos valores do constitucionalismo alemão, a doutrina brasileira assimilou a tese da Constituição concebida como uma ordem de valores, o que significa que “quando não consegue resolver o caso através da legislação, o juiz terá que preencher o caso concreto mediante valorações adicionais”. Da doutrina de Alexy, extraiu-se que os princípios passaram a ser considerados mandados de otimização, empregados como critérios interpretativos. E da experiência norte-americana, importou-se, sem as devidas adaptações, uma vez que o Brasil e os Estados Unidos possuem tradições jurídicas distintas, a noção de governo dos juízes²⁸¹.

De toda sorte, a Constituição Federal de 1988 representou a quebra do período ditatorial, em que foram suprimidas uma série de liberdades e de direitos fundamentais. São estendidos e busca-se a implementação de direitos fundamentais sociais, muitas vezes por meio do Poder Judiciário que passou a protagonizar um papel político que até então não lhe incumbia.

Neste aspecto Claudia Maria Barbosa afirma que a Constituição de 1988 foi o leito sobre o qual se debruçou uma nova teoria constitucional que se aproxima dos campos da “epistemologia e hermenêutica jurídicas, filosofia do direito, teoria das normas, teoria constitucional e, em certa medida, a sociologia jurídica e a ciência política”²⁸².

Assim, questões políticas relacionadas principalmente à implementação de políticas públicas e à promoção da realização dos valores positivados nos princípios constitucionais foram transferidas para a apreciação por parte do Poder Judiciário, resultando em um processo interpretativo mais amplo e ativo do Texto Constitucional.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, apontam-se três situações em que se percebe o aumento do ativismo judicial brasileiro. A primeira delas trata de um caso em que houve “[...] aplicação direta da Constituição a situações expressamente contempladas em seu texto e

²⁸⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial** – Limites da atuação do Poder Judiciário –. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 32.

²⁸¹ Ibid. p. 112-114.

²⁸² BARBOSA, Claudia. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARRETO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano. **Direito da sociedade policontextual**. Curitiba: Appris, 2013. p. 172.

independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária [...]”. Nesta situação, o Supremo Tribunal Federal declarou que a vaga no Congresso Nacional pertence ao partido político, criando uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, não obstante aquelas já existentes na Constituição Federal. Segundo ele a Corte Suprema “[...] em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade [...]” teria extraído “[...] uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa [...]”²⁸³.

Outro caso a ser mencionado é o da verticalização, em que o Supremo declarou a inconstitucionalidade de atos normativos emanados do congresso “[...] com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição [...]”²⁸⁴. Neste caso, o Supremo declarou a inconstitucionalidade da aplicação de novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano de sua aprovação. Para tanto, “[...] precisou exercer a competência – incomum na maior parte das democracias – de declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, dando à regra da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16) o status de cláusula pétrea [...]”²⁸⁵. E, por fim, cita a categoria de ativismo “[...] mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas [...]”, como é o caso da questão que envolve a “[...] distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial [...]”.

Sobre o fornecimento de medicamentos, André Castro Carvalho afirma que há grande discussão a respeito do papel assumido pelas Varas da Fazenda Pública de promover a jurisdicionalização das políticas públicas quando são antecipados os efeitos da tutela definitiva, conforme preceitua o art. 273, do Código de Processo Civil. Afirma que sob a argumentação da não implementação de políticas públicas pelo Estado, a Defensoria Pública e outras entidades vêm utilizando o Poder Judiciário como uma instância substitutivas das políticas públicas²⁸⁶.

Ainda, convém citar o caso da ADIN 3.510/DF, sobre a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias; da ADC 12 e do RE 579.951/RN, sobre a vedação do nepotismo nos três Poderes; da inexigibilidade e vida pregressa de candidatos a cargos eletivos, conforme ADPF 144/DF; das restrições ao uso de algemas, de acordo com o

²⁸³ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, 71-91, jan./mar. 2009. p. 6.

²⁸⁴ Ibid. p. 7.

²⁸⁵ Ibid. loc. cit.

²⁸⁶ CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do Poder Judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 26.

HC 91.952/SP; e sobre o passe livre para deficientes no transporte coletivo, nos termos da ADIn 2.649/DF²⁸⁷.

Estas decisões decorreram de interpretações atribuídas pelos membros do Supremo aos artigos da Constituição Federal, pautadas em princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da moralidade, da impessoalidade, da presunção de inocência, do devido processo legal, da isonomia, da livre iniciativa, do direito de propriedade, entre outros, os quais, em razão da maior participação do Poder Judiciário na fixação de seus conteúdos, adquiriram nova feição.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça o advento do ativismo aparece de forma mais explícita, entendido, inclusive, como desejável em determinados casos. É o que se pode observar com a análise do REsp 666419/SC, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, Julg. 14.06.2005, DJ. 27.06.2005, em que o ativismo aparece como exemplo de uma maior atuação do Poder Judiciário. O caso discute a utilização do sistema BACEN para a averiguação de ativos em conta corrente em uma execução fiscal. O parecer foi favorável ao uso deste sistema, tendo o acórdão seguido no sentido de que o mecanismo é uma forma de diligenciar acerca dos bens do devedor, sendo certo que a atividade levada a efeito pelo juízo colaborada para a rápida prestação da justiça, configurando um ativismo desejável.

Do mesmo modo, o REsp 540179/SP²⁸⁸ e o REsp 506719/PR²⁸⁹, ambos da Primeira Turma, de Relatoria do Min. Luiz Fux, em que se discutiu o dever do Tribunal de origem de determinar a realização de uma nova perícia ou de requerer esclarecimentos ao vistor oficial, seguiram no sentido de que o ativismo judicial se configura como um aumento dos poderes instrutórios do magistrado com a finalidade de se alcançar a efetivação da justiça. Afirma-se, nestes julgados que “à luz do moderno Direito Processual Civil, prestigia-se o ativismo judicial a fim de se alcançar a efetivação da justiça”.

Na medida em que a Constituição Federal garantiu um catálogo extenso de direitos sociais, que se transformaram em direitos sociais-fundamentais, foi inexorável que ocorresse

²⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, 71-91, jan./mar. 2009. p. 8.

²⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 540.179/SP**. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 16/12/2003. DJ 14/06/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=446467&num_registro=200300594128&data=20040614&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2014.

²⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 506.719/PR**. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 20/11/2003. DJ 09/12/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=443773&num_registro=200201703560&data=20031209&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2014.

uma judicialização da política nesse campo de atuação do direito²⁹⁰. Este cenário abriu espaço para a prática do ativismo judicial, em que o magistrado, ultrapassando as linhas demarcatórias entre política e direito, passou a proferir decisões de cunho estritamente político, relativizando disposições legais e a jurisprudência, bem como os contratos privados livremente firmados entre os indivíduos na sociedade.

Em relação a este último argumento, convém citar o caso da ADIN n. 3.330/DF que visou à declaração de inconstitucionalidade da medida provisória n. 213/2004, convertida na Lei n. 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos – PROUNI e da ADIN n. 1.950-3/SP que objetivou a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 7.844/92, do Estado de São Paulo, que assegurou a meia-entrada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino.

Ambas as ADINS refletem a transferência dos custos da realização de políticas públicas pelo Estado ao particular, no que se refere ao direito de acesso à educação e à cultura. Trata-se de exemplos perfeitos do que o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal denomina “cumprimentar com o chapéu alheio”, em que o Estado divulga e realiza a política pública, mas quem de fato arca com seus custos é a iniciativa privada.

Mauro Cappelletti afirma que a mais poderosa causa da acentuação do ativismo e, portanto, da criatividade dos juízes, decorre do fato de que toda a interpretação é criativa e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Nessas novas áreas abertas para a prática do ativismo, por meio da judicialização, a discricionariedade pode se manifestar em menor ou maior grau, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei, mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna o espaço de discricionariedade nas decisões judiciais²⁹¹.

A judicialização da política se traduz em um fenômeno de expansão judicial situado no constitucionalismo contemporâneo, referente a um novo estatuto de direitos fundamentais. Segundo Clarissa Tassinari, pode ser vista como uma questão social, que independe do desejo ou vontade do órgão judicante. É, como visto, derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que partem de um ponto inicial de “amplo reconhecimento de direito,

²⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Entrevista Professor Lenio Luiz Streck. Entrevistado por Leonardo de Araújo Ferraz, Juliana Mara Marchesani e Silvia Costa Pinto Ribeiro de Araújo. **Revista do Tribunal de Constas do Estado de Minas Gerais**, ano XXIX, v. 81, n. 4, 13-21, out./nov./dez. 2011. p. 16.

²⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 42.

passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas”²⁹².

O ativismo, que pode ser visto como uma consequência (negativa) da judicialização, sem que possa ser confundido com esta, se verifica como o momento em que o magistrado, baseando seu entendimento na sua própria ideia de justiça, ultrapassa os limites impostos pelo legislador, caracterizando um afastamento de função do órgão jurisdicional.

Para Lenio Streck, a judicialização é um problema de competência (ou incompetência) dos Poderes e o ativismo, por sua vez, se traduz em um problema de comportamento dos juízes²⁹³, o que no Brasil, se transformou em uma “vulgada judicialização”. E prossegue afirmando que²⁹⁴:

exatamente na parte em que a aplicação do direito, no que diz respeito aos direitos fundamentais, torna-se o produto dos juízos pessoais da pessoa do julgador. Com isso, tem-se uma aplicação *ad hoc*. Ora, quando se tomam atitudes pragmaticistas, resolvem-se problemas, mas criam-se centenas de outros. No Brasil, temos uma tardia jurisprudência de valores. E disso surge o ativismo.

É imprescindível estar atento que o ativismo judicial, no modo como trabalhado pela Crítica Hermenêutica do Direito, pressupõe um ato de vontade que, por sua vez, não tem controle, o que pode comprometer a democracia²⁹⁵. Afirma que “o direito não é e não pode ser o que os juízes e tribunais dizem sobre ele”, pois a democracia se faz com compartilhamento, com a construção dos sentidos. Pensar que um país depende da vontade individual do juiz abre espaço para um decisionismo, pois “quando se discute uma questão no tribunal, não estamos perguntando a opinião pessoal do juiz”:

quando um juiz decide, ele deve perguntar: o que a legalidade (constitucional, e falo aqui no sentido de Eliás Diaz) diz sobre esta questão? Veja: um problema jurídico deve ser respondido por argumentos jurídicos. Direito não é moral. Moral não corrige o direito. Nada importa sobre a personalidade do juiz; ao Direito não importa as inclinações do magistrado, porque temos uma Constituição e Códigos para responderem as questões jurídicas. É isso o que se chama de Direito democraticamente construído: um Direito que dispensa opiniões e convicções pessoais. Se a democracia depender de opiniões pessoais, teremos que rezar para que

²⁹² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial** – Limites da atuação do Poder Judiciário –. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 32.

²⁹³ É uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições.

²⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. Entrevista Professor Lenio Luiz Streck. Entrevistado por Leonardo de Araújo Ferraz, Juliana Mara Marchesani e Silvia Costa Pinto Ribeiro de Araújo. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, ano XXIX, v. 81, n. 4, 13-21, out./nov./dez. 2011. p. 16. p. 16.

²⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. Decisão Jurídica. **Jornal Carta Forense**. Entrevista. 03 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/decisao-juridica/12151>>. Acesso em: 2 set. 2014.

teremos “homens bons” conduzindo o direito. E, como diz o psicanalista Agostinho Ramalho Marques Neto, “Deus me livre da bondade dos bons”²⁹⁶.

E neste sentido faz uma importante distinção entre a decisão judicial e a escolha. A decisão judicial deve ser compreendida como um ato de responsabilidade política. O magistrado, ao proferir sua decisão, deve estar comprometido com os fundamentos do Estado Constitucional, que tem como seu principal fundamento, a democracia. A decisão judicial deve ser construída a partir da legalidade constitucional, deixando de lado questões como a busca pela vontade da lei, do legislador, ou ainda, de um “poder discricionário”. É o que o autor denomina de respostas constitucionalmente adequadas, ou corretas, que apenas podem ser obtidas quando passadas pelo filtro de uma Teoria da Decisão Judicial.

A escolha, por sua vez, está relacionada a opiniões, o que deve ser afastado de um julgamento, pois guarda grande proximidade com uma subjetividade, uma discricionariedade, que não pode ser concebida quando se trata de uma decisão judicial²⁹⁷. A discricionariedade e a escolha remetem inexoravelmente à subjetividade do intérprete. O ativismo judicial, conforme já trazido neste estudo, pressupõe um ato de vontade de quem julga.

O juiz, segundo Lenio Streck, deve saber suspender os seus pré-juízos, evitando-se que aspectos subjetivos se coloquem no lugar da produção dos sentidos em uma sociedade democrática²⁹⁸. A noção de democracia, conforme destaca Cappelletti não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária, ou seja, aos aspectos subjetivos do julgador²⁹⁹.

Elival Ramos afirma que o ativismo judicial acaba por atribuir ao magistrado um poder criador da norma, o que se revela estranho ao modelo de separação dos poderes adotado no Brasil. Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a “[...] da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”³⁰⁰.

²⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. Decisão Jurídica. **Jornal Carta Forense**. Entrevista. 03 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/decisao-juridica/12151>>. Acesso em: 2 set. 2014.

²⁹⁷ Ibid.

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Entrevista Professor Lenio Luiz Streck. Entrevistado por Leonardo de Araújo Ferraz, Juliana Mara Marchesani e Silvia Costa Pinto Ribeiro de Araújo. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, ano XXIX, v. 81, n. 4, 13-21, out./nov./dez. 2011. p. 16. p. 15.

²⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 107.

³⁰⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 116-117.

Causa um desconforto institucional ao Poder Legislativo brasileiro, na medida em que a intromissão do Poder Judiciário na seara parlamentar lhe ameaça a primazia no desempenho de uma de suas funções primordiais, a de legislar³⁰¹.

Sobre o reflexo da prática ativista em relação ao princípio da separação dos poderes cumpre transcrever a lição de Humberto Ávila sobre a necessidade de um sistema de justiça acessível, inteligível e estável a fim de que este princípio seja preservado. Para Ávila, “o princípio da divisão dos Poderes demanda uma repartição de funções e de tarefas entre os Poderes Legislativo, Executivo e Poder Judiciário” o que somente é possível:

[...] se o Direito for minimamente capaz de funcionar como heterolimitação para esses mesmos Poderes: somente um Direito acessível inteligível e estável é capaz de permitir que o Poder Judiciário atue predominantemente de modo declarativo e não-criativo e que o poder Executivo atue de acordo com pautas previamente definidas pelo Poder Legislativo³⁰².

Além disso, a prática ativista é um dos principais geradores de insegurança jurídica. Os magistrados, certos de que a prática ativista encontra amparo no dever de concretização da justiça social mediante redistribuição de recursos, acabam por afastar-se da normatividade da lei, deixando manifestarem-se suas preferências pessoais a respeito do ideal próprio de justiça. Esta incerteza contribui também para a geração de um ambiente de trocas instável e inseguro, pois as decisões são tomadas com a busca de alcançar unicamente o fim social, sem qualquer preocupação com as consequências econômicas de suas decisões.

Há, também, uma linha de argumento que reconhece o ativismo na prática do Supremo Tribunal Federal e o assume como decorrência da conjuntura pós-constituição de 1988, advertindo para o risco que pode existir quando há perda de medida nas decisões, ausência de justificação ou desvio de atenção quanto a problemas de reforma política. Nesta linha, destaca-se a posição de Luís Roberto Barroso³⁰³.

E ainda, há que se constatar a existência de uma terceira corrente para quem o ativismo é a consequência direta da necessidade de efetivar a Constituição. Para esta linha de argumentação, os juízes ativistas estão legitimados a decidirem com base em princípios constitucionais, para tornar efetivos os direitos constitucionais garantidos pela Carta

³⁰¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 21.

³⁰² ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica** – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 220.

³⁰³ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, 71-91, jan./mar. 2009.

Constitucional. Esta postura é representada pelas reflexões³⁰⁴ de Miarelli e Lima, Teodolina Cândido Vítório e Alessandro Miranda, e pode ser verificada em relação às decisões sobre o fornecimento de remédios e vagas nas escolas públicas³⁰⁵.

Esta participação mais ativa do Poder Judiciário na política, na implementação de políticas públicas e na vida dos cidadãos em matérias que antes competiam em maior parte aos poderes Executivo e Legislativo, gerou novos fundamentos para as decisões judiciais, pautados em princípios constitucionais interpretados pelas Cortes a fim de satisfazer as expectativas da sociedade no que se relaciona aos problemas sociais³⁰⁶.

Luís Roberto Barroso, neste contexto, afirma que em decorrência da Constituição Federal de 1988 houve o que ele denomina de uma “judicialização da vida” uma vez que “[...] uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial [...]”, citando o exemplo da garantia ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, afirmando a possibilidade de “[...] judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Poder Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas [...]”³⁰⁷.

Dentre os novos princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988 e que têm inspirado o crescimento do ativismo judicial, destaca-se o da justiça social. Vale lembrar que a Constituição Federal de 1988 traz em seu preâmbulo a justiça como um dos “[...] valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]” e, ao longo do texto constitucional, associa o conceito à ideia de justiça social³⁰⁸. Os magistrados, no afã de concretizar os direitos fundamentais e sociais trazidos pela Carta Constitucional de 1988, entendem que o juiz tem um papel social a cumprir e que a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos.

³⁰⁴ MIARELLI, Mayra M.; LIMA, Rogério M. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012; VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **Ativismo judicial: uma nova era dos direitos fundamentais**. São Paulo: Baraúna, 2012; MIRANDA, Alessandro. Santos de. **Ativismo judicial na promoção dos direitos sociais: O Supremo Tribunal Federal como formador de novos parâmetros de civilidade social e propagador do ativismo judicial**. São Paulo: LTr, 2013.

³⁰⁵ KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? In: Dossiê: 25 anos da constituição de 88. **Novos Estudos**, n. 96, p. 69-85, jul. 2013. p. 72.

³⁰⁶ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A justiça social como fundamento das decisões judiciais. In: DOMINGOS, Terezinha de Oliveira; MIELKE, Jaqueline; FERRI, Caroline (Coords.). **Direitos sociais e políticas públicas I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 132.

³⁰⁷ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, 71-91, jan./mar. 2009. p. 72.

³⁰⁸ ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. op. cit. p. 135.

Esta assertiva foi devidamente comprovada pela pesquisa realizada pelo IDESP (Índice de Desenvolvimento da Educação do Estado de São Paulo), com 741 magistrados brasileiros no ano de 2000, que teve como enfoque a percepção dos magistrados sobre o desempenho do Poder Judiciário, sobre suas causas e propostas de solução para os seus problemas. Uma das perguntas dirigidas aos magistrados teve como objetivo indagar a frequência com que as decisões são baseadas mais nas visões políticas do juiz do que em uma interpretação rigorosa da lei. Em resposta, apenas 3,9% dos magistrados responderam que isto ocorria com muita frequência, 20,2% afirmaram que isso era frequente e 50,2% responderam que isto ocorria ocasionalmente³⁰⁹.

Em conclusão a esta pergunta, concluiu-se que “o fenômeno da politização é familiar aos magistrados e que não é raro que as visões políticas dos magistrados sejam mais importantes que a própria lei na hora em que o juiz toma as suas decisões”³¹⁰.

Outra questão colocada para os magistrados nesta pesquisa, considerando uma tensão entre os contratos que precisam ser respeitados e os interesses de grupos sociais menos privilegiados que precisam ser protegidos, indagava se: i. os contratos devem ser sempre respeitados independentemente de suas repercussões sociais, ou se ii. o juiz tem um papel social a cumprir e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos. Em resposta, 73,1% dos magistrados apontaram a posição ii. de que o juiz tem um papel social a cumprir e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos e apenas 19,7% optaram pela opção i., de que os contratos devem ser sempre respeitados independentemente de suas repercussões sociais³¹¹.

Este posicionamento pode ser muito bem ilustrado a partir da análise de decisões em que se discute a abusividade de cláusulas de contrato de plano de saúde. Em tais hipóteses, ainda que existente a expressa exclusão do procedimento solicitado pelo consumidor, este aciona o plano de saúde em juízo e exige a prestação do atendimento requerido. Como resultado, tem-se verificado reiteradas decisões que entendem por bem relativizar o pacto contratual, compelindo o plano de saúde a arcar com o procedimento solicitado.

É o que se verifica do posicionamento adotado pela 8^a³¹², 9^a³¹³, e 10^a³¹⁴ Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com competência especializada pela

³⁰⁹ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e Economia num mundo globalizado: Cooperação ou Confronto? **Texto para discussão**, Rio de Janeiro, n. 963, jul. 2003. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0963.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2014.

³¹⁰ Ibid. p. 19.

³¹¹ Ibid.

³¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1161880-3**. 8^a Câmara Cível. Relator: Des. José Laurindo de Souza Netto. Julgado em: 29/05/2014. DJ 20/08/2014. Disponível em:

- <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11722252/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1161880-3#integra_11722252>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1067673-0**. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Jorge de Oliveira Vargas. Julgado em: 31/10/2013. Publicado em: 13/12/2013. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11578793/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1067673-0>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1126367-3**. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. José Laurindo de Souza Netto. Julgado em: 24/10/2013. Publicado em: 25/11/2013. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11566634/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1126367-3>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1142896-9**. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. José Laurindo de Souza Netto. Julgado em: 08/05/2014. Publicado em: 04/08/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11710201/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1142896-9>>. Acesso em: 29 out. 2014.
- ³¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1179529-0**. 9ª Câmara Cível. Relator: Juiz de Dto. Subst. em 2º Grau Sérgio Luiz Patitucci. Julgado em: 27/03/2014. Publicado em: 15/05/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11660333/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1179529-0>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 612737-5**. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Francisco Luiz Macedo Junior. Julgado em: 04/03/2010. Publicado em: 29/03/2010. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1925366/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-612737-5>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1094778-7**. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. José Augusto Gomes Aniceto. Julgado em: 31/10/2013. Publicado em: 08/11/2013. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11558081/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1094778-7>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1114170-9**. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Francisco Luiz Macedo Junior. Julgado em: 24/04/2014. Publicado em: 04/06/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11674381/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1114170-9>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1131247-9**. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Francisco Luiz Macedo Junior. Julgado em: 24/04/2014. Publicado em: 21/05/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11664527/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1131247-9>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1194953-2**. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Francisco Luiz Macedo Junior. Julgado em: 03/07/2014. Publicado em: 22/07/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11701652/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1194953-2>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1063035-4**. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Domingos José Perfetto. Julgado em: 10/07/2014. Publicado em: 08/08/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11713742/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1063035-4>>. Acesso em: 29 out. 2014.
- ³¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1122762-2**. 10ª Câmara Cível. Relatora: Juíza de Dto. Subst. em 2º Grau Elizabeth Nogueira Calmon de Passos. Julgado em: 15/05/2014. Publicado em: 18/06/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11680355/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1122762-2>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 898846-1**. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Lopes. Julgado em: 17/05/2012. Publicado em: 31/05/2012. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11282393/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-898846-1>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1108878-3**. 10ª Câmara Cível. Relatora: Des. Elizabeth Nogueira Calmon de Passos. Julgado em: 10/04/2014. Publicado em: 21/05/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11664313/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1108878-3>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1089505-1**. 10ª Câmara Cível. Relatora: Des. Elizabeth Nogueira Calmon de Passos. Julgado em: 05/06/2014. Acesso em: 29/07/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11705727/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1089505-1>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1149195-5**. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Lopes. Julgado em: 10/07/2014. Publicado em: 15/08/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11718605/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1149195-5>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1145731-5**. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Lopes. Julgado em: 10/07/2014. Publicado em: 20/08/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11721563/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1145731-5>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento 1102890-5**. 10ª Câmara Cível. Relator: Juiz Subst. em 2º Grau Carlos Henrique Licheski Klein. Julgado em: 10/07/2014. Publicado em: 15/08/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11718570/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1102890-5>>. Acesso em: 29 out. 2014.

análise de ações decorrentes de plano de saúde³¹⁵, que referendando o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça³¹⁶, entendem que os contratos desta natureza devem ser interpretados à luz do Código de Defesa do Consumidor e que “não podem os planos de saúde equiparar-se a negócios jurídicos de efeitos estritamente patrimoniais, pois nele está em jogo a vida das pessoas, que é o valor primeiro e o fundamento último de toda a ordem jurídica”³¹⁷.

Este entendimento foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no julgamento do recurso de apelação cível n. 1179529-0, pela 9ª Câmara Cível, sob relatoria do Desembargador Sérgio Luiz Patitucci. No acórdão, foi consignado que o direito ao tratamento de saúde deverá se fazer de maneira eficaz, garantindo-se a plena recuperação do beneficiário, haja vista que questões de saúde não podem receber soluções apenas paliativas. Ponderou-se, ainda, que o direito não deve ficar estático, mas sim, deve acompanhar as transformações sociais, a fim de que prevaleçam regras que visam à proteção dos direitos do ser humano no caso, prevalecendo, sobre qualquer outro, o direito à saúde, assegurado constitucionalmente³¹⁸.

Da íntegra do acórdão em análise, é interessante destacar que a fundamentação utilizada para justificar esta prevalência do direito à saúde sobre o direito patrimonial, foi o

³¹⁵ Cf. art. 90, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: “Art. 90. As Câmaras Cíveis serão distribuídos os feitos atinentes a matéria de sua especialização, assim classificada:

[...]

IV. à Oitava, à Nona e à Décima Câmara Cível:

a) ações relativas a responsabilidade civil, inclusive as decorrentes de acidente de veículo e de acidente de trabalho, excetuada a competência prevista na alínea b do inciso I deste artigo;
b) ações relativas a condomínio em edifício;
c) ações relativas a contrato de seguro de qualquer natureza, inclusive as execuções dele derivadas e as ações decorrentes de plano de saúde;”

³¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 962.980/SP**. 4ª Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 13/03/2012. DJe 15/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1129052&num_registro=200701448355&data=20120515&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 668.216/SP**. 3ª Turma. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em: 15/03/2007. DJe 02/04/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=679581&num_registro=200400999090&data=20070402&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 14.813/MG**. Relator: Min. Massami Uyeda. Julgado em: 05/08/2011. Publicado em: 07/08/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=16878486&num_registro=201100745205&data=20110817&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2014.

³¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1179529-0**. 9ª Câmara Cível. Relator: Juiz de Dto. Subst. em 2º Grau Sérgio Luiz Patitucci. Julgado em: 27/03/2014. Publicado em: 15/05/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11660333/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1179529-0>>. Acesso em: 29 out. 2014.

³¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1179529-0**. 9ª Câmara Cível. Relator: Juiz de Dto. Subst. em 2º Grau Sérgio Luiz Patitucci. Julgado em: 27/03/2014. Publicado em: 15/05/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11660333/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1179529-0>>. Acesso em: 29 out. 2014.

art. 196, da Constituição Federal que logo no seu início, estabelece como sendo a saúde “um direito de todos e dever do Estado garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Em que pese à ciência de que o dever prestacional do direito à saúde incumbe, portanto, precipuamente, ao Estado, ignorou-se, neste caso, tal como ocorre em muitos outros, que está envolvido um contrato e direito de natureza patrimonial.

Na lição de José Afonso da Silva, os direitos sociais se traduzem como uma dimensão dos direitos fundamentais do homem: “São prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos [...]”³¹⁹. No mesmo sentido, pondera Marcia Carla Pereira Ribeiro que:

os direitos sociais configuram deveres positivos do Estado, condicionados, porém, “à capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa” que condicionam a existência e proteção de tais direitos (Canotilho, 1999:443)³²⁰.

Podem, segundo a autora, “ser enquadrados na categoria dos direitos derivados a prestações, ou seja, traduzidos como o direito do cidadão a uma participação igual nas prestações estatais concretizadas por lei na medida da capacidade existente (Canotilho, 1999:449)”³²¹.

Ora, um contrato de plano de saúde é firmado, neste caso, entre um beneficiário, caracterizado como um consumidor, e o plano de saúde, pessoa jurídica de direito privado, sem qualquer natureza de cunho assistencial.

Além disso, considerou que cabe ao médico, e não ao convênio, estabelecer qual o melhor tipo de tratamento a ser dispensado ao paciente. Mais uma vez, verifica-se uma incongruência, haja vista que o contrato foi celebrado entre as partes beneficiário e plano de saúde, sendo o médico, um profissional credenciado como prestador de serviços. Desta forma, é pouco lógico imaginar que um terceiro, alheio à tratativa, dite novas regras contratuais que

³¹⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 289-290.

³²⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Educação e cultura: direito ou contrato? **Revista Direito GV**, v. 2, n. 2, p. 117-138, jul./dez. 2006. p. 127.

³²¹ Ibid. loc. cit.

tenham o condão, inclusive, de contrariar as já existentes. E mais, que estas regras sejam ditadas, *in totum*, pelo Poder Judiciário³²².

Neste tipo de contrato, o objetivo primordial, desde que garantido o fornecimento das coberturas obrigatórias pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, é o de obter lucro com o exercício da atividade empresarial, o que é constitucionalmente permitido³²³.

Deste modo, quando compelido judicialmente a prestar um serviço não previsto no contrato, há potenciais efeitos quanto à expectativa de lucratividade e provavelmente um repasse de custos para os demais usuários, especialmente quando diante de novos associados.

No campo empresarial, a segurança jurídica, nesta dimensão de previsibilidade, é imprescindível para a alocação eficiente dos recursos e para o consequente desenvolvimento econômico. A não neutralidade do magistrado torna os contratos mais incertos, pois podem ou não ser respeitados quando discutidos em juízo, dependendo do modo de decidir adotado pelo Juiz. Como consequência, as transações econômicas ficam mais arriscadas, já que não necessariamente vale o que está escrito no instrumento contratual e que foi previamente avençado entre as partes. Este aspecto introduz prêmios de risco, aumenta os juros, aluguéis e preços em geral³²⁴.

Nos casos em que se obriga o plano de saúde a fornecer um procedimento não previsto no rol de procedimentos considerados obrigatórios de cobertura por parte da ANS ou por lei, em virtude da interpretação do contrato de forma mais favorável ao consumidor, entende-se que todos os procedimentos que não estão expressamente excluídos de cobertura pelo contrato devem ser fornecidos pelo plano³²⁵.

³²² É o que se verifica, também, nos seguintes julgados: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1114170-9**. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Francisco Luiz Macedo Junior. Julgado em: 24/04/2014. Publicado em: 04/06/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11674381/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1114170-9>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1108878-3**. 10ª Câmara Cível. Relatora: Des. Elizabeth Nogueira Calmon de Passos. Julgado em: 10/04/2014. Publicado em: 21/05/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11664313/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1108878-3>>. Acesso em: 29 out. 2014.

³²³ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.
§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

³²⁴ PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados. **Texto para discussão**, Rio de Janeiro, n. 966, jul. 2003. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/TD_0966.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2014.

³²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1194953-2**. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Francisco Luiz Macedo Junior. Julgado em: 03/07/2014. Publicado em: 22/07/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11701652/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1194953-2>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento 1102890-5**. 10ª

O argumento é o de que “o principal objetivo da ANS é o de conferir máxima proteção à saúde. Portanto, seria incoerente invocar a própria ANS para abstenção de liberação de exame indispensável para o tratamento prescrito”. Além disso, entende a jurisprudência preponderante que “a Resolução da ANS estabelece uma relação exemplificativa, com os atendimentos mínimos aos usuários de plano de saúde privado, como referência para que as operadoras de plano de saúde elaborem sua própria lista, não impedindo, por certo, o oferecimento de coberturas mais amplas”³²⁶.

Há, nestas situações, além da relativização do pacto contratual, celebrado ao livre arbítrio de ambas as partes, da própria resolução da ANS, que é a agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde responsável pelo setor de planos de saúde no Brasil. Vale destacar, neste aspecto, que o particular tem uma opção bastante diversificada de planos de saúde de modalidade privada. Deste modo, ao escolher firmar contrato de plano de saúde com uma das empresas existentes, baseou sua decisão no seu livre arbítrio, concebendo aquele contrato como aquele que teria o condão de lhe trazer mais benefícios.

Câmara Cível. Relator: Juiz Subst. em 2º Grau Carlos Henrique Licheski Klein. Julgado em: 10/07/2014. Publicado em: 15/08/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11718570/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1102890-5>>. Acesso em: 29 out. 2014.

³²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1161880-3**. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. José Laurindo de Souza Netto. Julgado em: 29/05/2014. DJ 20/08/2014. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11722252/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1161880-3#integra_11722252>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1067673-0**. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Jorge de Oliveira Vargas. Julgado em: 31/10/2013. Publicado em: 13/12/2013. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11578793/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1067673-0>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1094778-7**. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. José Augusto Gomes Aniceto. Julgado em: 31/10/2013. Publicado em: 08/11/2013. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11558081/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1094778-7>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1126367-3**. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. José Laurindo de Souza Netto. Julgado em: 24/10/2013. Publicado em: 25/11/2013. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11566634/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1126367-3>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1122762-2**. 10ª Câmara Cível. Relatora: Juíza de Dto. Subst. em 2º Grau Elizabeth Nogueira Calmon de Passos. Julgado em: 15/05/2014. Publicado em: 18/06/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11680355/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1122762-2>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1142896-9**. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. José Laurindo de Souza Netto. Julgado em: 08/05/2014. Publicado em: 04/08/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11710201/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1142896-9>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1089505-1**. 10ª Câmara Cível. Relatora: Des. Elizabeth Nogueira Calmon de Passos. Julgado em: 05/06/2014. Acesso em: 29/07/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11705727/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1089505-1>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1149195-5**. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Lopes. Julgado em: 10/07/2014. Publicado em: 15/08/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11718605/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1149195-5>>. Acesso em: 29 out. 2014; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 1145731-5**. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Lopes. Julgado em: 10/07/2014. Publicado em: 20/08/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11721563/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1145731-5>>. Acesso em: 29 out. 2014.

Assim, os planos de saúde, ao formularem seus contratos, elegem as cláusulas de acordo com o que obriga a ANS. Acredita-se que não haveria finalidade neste rol se não garante a esperada segurança quanto ao objeto da prestação de serviço.

A propósito, afirma Humberto Ávila que “descumprir uma regra é mais grave do que descumprir um princípio”. E prossegue afirmando que isto ocorre porque:

[...] as regras têm uma pretensão de decidibilidade que os princípios não têm: enquanto as regras têm a pretensão de oferecer uma solução provisória para um conflito de interesses já conhecido ou antecipado pelo Poder Judiciário, os princípios apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável³²⁷.

Nesta ordem de ideias, mas relacionando ao momento Constitucional experimentado pelo Brasil, afirma Elival Ramos que “a principiologização do direito, característica do moralismo, desponta como a face mais visível desse pretensão ‘pós-positivismo’ tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico ao subjetivismo das decisões”³²⁸. Este positivismo tupiniquim é o que Clarissa Tassinari denomina de ativismo judicial à brasileira, em que o Brasil, sob o manto do ativismo judicial da doutrina norte-americana, produziu uma leitura peculiar do ativismo estadunidense³²⁹.

Com efeito, “não apenas se formou um imaginário sobre como pode ser teoricamente compreendido o exercício da jurisdição, mas também se influenciou diretamente a atuação de juízes e tribunais na contemporaneidade”. Afirma a autora que “a expressão ativismo judicial à brasileira evidencia duas importantes questões: primeiramente, a caracterização do ativismo judicial como experiência que não é própria (originária) do contexto brasileiro” e em uma segunda ordem:

[...] pode também estar implícita uma crítica à utilização destes termos de modo despojado do contexto do seu surgimento, o que implica, a um tempo, a transposição equivocada de um conceito e, a outro, a ausência de uma necessária adaptação do que se apreende do constitucionalismo norte-americano [...]³³⁰.

Estas decisões, segundo Elival Ramos, valem-se dos “contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam

³²⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 90.

³²⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 285.

³²⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial** – Limites da atuação do Poder Judiciário –. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 107-108.

³³⁰ Ibid. loc. cit.

de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la ao saber das preferências axiológicas de seus prolatores”³³¹.

Evidentemente, a pesquisa jurisprudencial trazida neste estudo não esgota todos os casos de ativismo judicial, mas pretende demonstrar a ocorrência de sua prática no cenário brasileiro e a necessidade de que sejam instrumentalizadas soluções para sua contenção.

As reiteradas decisões judiciais neste sentido refletem negativamente para a economia na medida em que aumentam os custos de transação incidentes sobre a atividade. Assim, os *players*, cientes da possibilidade de que terão que arcar com procedimentos e fornecimento de medicamentos não incluídos no rol de coberturas abrangidas pelo plano de saúde, tendem a aumentar o custo do contrato a ser arcado pelos próprios beneficiários. O aumento deste custo pode gerar a perda de clientes que podem não ter condições de manter um plano de saúde privado nestes termos, e até mesmo pode inviabilizar a oferta da atividade contratada.

4.3 A ORIGEM DO PROBLEMA

O Poder Judiciário brasileiro pode ser considerado prejudicado em sua previsibilidade, diante da dificuldade em se fornecer aos indivíduos uma estrutura clara de regras do jogo, nos mais variados ramos do direito, o que impossibilita o cálculo das consequências futuras das decisões tomadas no presente. Esta incerteza aumenta os custos de transação *ex ante* e *ex post*, o que influencia negativamente na realização de trocas, impedindo que os recursos sejam alocados de forma eficiente.

Além disso, tem mostrado uma forte tendência a decidir com objetivos redistributivos e de acordo com fins sociais, ignorando as consequências econômicas da decisão. Em um contrato privado de cunho puramente econômico, tende a favorecer incondicionalmente o polo mais fraco da relação jurídica deixando de lado a devida preocupação com a eficiência no exercício da atividade judiciária.

É o “Poder Judiciário Cassino”, que profere decisões que permitem relacionar nossa justiça com um sistema lotérico³³². Cria-se o paradoxo apontado por Natacha Nascimento Gomes quando dois casos idênticos recebem tratamento diverso, a impossibilidade de definição de qual das decisões poderia ser considerada justa ou injusta e onde se efetuou a distribuição da Justiça, concluindo que em nenhuma das hipóteses pode se falar em verdadeira

³³¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 285.

³³² TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. Uniformização da Jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 104, n. 196, 194-218, out./dez. 2001.

distribuição da Justiça, em virtude de já ter ocorrido a desestabilização da ordem. “Sujeitar o indivíduo, portanto, à ‘loteria das decisões judiciais’ pode ser considerado um dos caminhos mais propícios para a desestruturação da ordem e para o não cumprimento dos preceitos insculpidos na Carta de 1988”.

Como salienta Ivo Gico Jr. “cada caso é um caso, começa tudo de novo e ainda é possível jogar novamente em segunda instância”³³³. Em decorrência da falta de alinhamento das decisões judiciais, toda causa é viável, inclusive quando for expressamente *contra legem*, contra o contrato e contra as regulamentações aplicáveis. Afinal, diante do cenário atual, não se pode prever ou formular expectativas a respeito do êxito, ou não, da maior parte das demandas.

A propósito, afirma Humberto Ávila que a jurisdição, em decorrência de causas sociais e jurídicas tem causado problemas de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade³³⁴. Os problemas relacionados à falta de cognoscibilidade decorrem da falta de fundamentação adequada das decisões, ou ainda, da existência de divergência entre decisões, órgãos ou tribunais. Em relação à falta de confiabilidade, observa-se que tem sido frequente a mudança jurisprudencial de entendimentos anteriormente consolidados com eficácia retroativa. Por fim, quanto à falta de calculabilidade, verifica-se que em decorrência da violência com que tem ocorrido as mudanças jurisprudenciais e da ausência de coerência na interpretação do ordenamento jurídico, a capacidade dos agentes de poderem calcular os efeitos de seus atos se mostra gravemente prejudicada.

Esse *modus operandi* do sistema Poder Judiciário não conduz ao acesso eficiente à justiça e o sistema de justiça com essas características, ou seja, privado de eficiência, não possui condição de subsistir na condição de instituição necessária ao desenvolvimento econômico do país.

Em que pese à adoção do sistema *civil law*, que impõe ao magistrado uma vinculação ao texto da lei, a própria legislação processual civil brasileira, aliada ao pós-Constitucionalismo de 1988, permitiu a criação do direito por parte do magistrado, principalmente no que se refere a questões políticas, antes reservadas à apreciação exclusiva pelo Legislativo e pelo Executivo.

³³³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Seminário Direito, Economia e Desenvolvimento**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011. Palestra. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=FR5_OLDN3Zo>. Acesso em: 11 jul. 2014.

³³⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica** – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 166.

Nestes termos, o art. 131, do Código de Processo Civil atribuiu ao julgador liberdade de convencimento quanto à apreciação das provas produzidas pelas partes, ficando esta liberdade condicionada à fundamentação de suas razões, de acordo com o que estabelece o ordenamento jurídico vigente.

O legislador traça os programas-metas, delineando os objetivos a serem alcançados, e calculando as consequências de suas decisões até o final. O operador do Direito, por sua vez, é posto em face dessa seleção prévia, olhando para o *input* - normas positivadas em um sistema jurídico - do sistema, no qual se situam as fontes de produção legais. O legislador olha para o futuro e estabelece as normas a serem seguidas e o Poder Judiciário, por derivação, extrai dos conceitos gerais e abstratos formulados pelo legislador, conceitos específicos que servirão de fundamento para suas decisões, para alcançar as partes em juízo³³⁵. Os papéis do juiz e do legislador são complementares, no sentido de que o legislador edita uma norma genérica e o juiz torna concretos os princípios nela contidos³³⁶.

A decisão do juiz, como pondera Teresa Arruda Alvim Wambier, deve respeitar, como regra, as características do ramo do direito material que determina a situação a ser analisada. Assim, casos afetos ao direito tributário deverão ser resolvidos de acordo com as normas e princípios do direito tributário³³⁷. Do mesmo modo, quanto ao direito ambiental, penal e assim por diante.

O juiz é livre, mas não arbitrário. Deve decidir sobre os fatos e as circunstâncias do processo, de acordo com os preceitos legais aplicáveis, respeitando os pactos vigentes que estão em harmonia com a legislação. Esse modo de agir confere ao sistema a almejada previsibilidade e, como consectário, segurança jurídica.

Do contrário, “esta liberdade, se levada às últimas consequências, pode fazer cair num vazio, transformar-se num nada, a intenção racionalmente manifestada”³³⁸. Neste sentido, Teresa Wambier afirma que “o juiz não pode abusar de seu direito de mudar de opinião, de seu direito de se afastar de jurisprudência pacificada dos tribunais superiores. Este abuso arranha o direito, que têm os indivíduos e a sociedade, à tranquilidade”³³⁹.

No Brasil muitos podem ser os problemas que afetam o bom funcionamento do Poder Judiciário. A morosidade, a falta de funcionários públicos nos órgãos do Poder Judiciário, as

³³⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência**: proteção da confiança, boa fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009. p. 21-22; 71.

³³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução no Direito. In: _____ (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 79.

³³⁷ Ibid. p. 17.

³³⁸ Ibid. p. 39.

³³⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit. p. 27.

custas processuais, o sistema recursal adotado pelo ordenamento jurídico e a sobreutilização do Poder Judiciário têm sido pontos frequentemente indicados.

Contudo, nenhum destes problemas explica a falta de previsibilidade das decisões judiciais. Os “por quês?” de uma ampla divergência de entendimentos sobre uma mesma questão, de uma súbita mudança de um entendimento já pacificado sobre determinado caso, sem qualquer alteração no cenário socioeconômico do país e ainda, de decisões que expressamente desconsideram a legislação e os contratos em prol de princípios constitucionais permanecem sem explicações.

Ora, tem-se um ordenamento jurídico positivado, com regras claras a ser seguidas. Somado a isto, tem-se uma estrutura de órgãos do Poder Judiciário em que, no topo, situam-se os Tribunais Superiores: o Superior Tribunal de Justiça garantidor da correta aplicação da norma infraconstitucional e o Supremo Tribunal Federal com a competência precípua de interpretar a Constituição Federal. Abaixo, têm-se os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais Estaduais, seguidos pelos juízes de primeiro grau, que devem obedecer à regra positivada e à interpretação a ela conferida pelos Tribunais Superiores, atribuindo harmonia e coerência ao sistema de justiça.

Esta obrigatoriedade de respeito à jurisprudência pacificada nos Tribunais Superiores deve ser compreendida como ínsita à própria estrutura do Poder Judiciário e à função de cada Tribunal, nos termos da Constituição Federal de 1988, principalmente no que se refere aos Tribunais Superiores incumbidos de orientar os demais órgãos do Poder Judiciário³⁴⁰.

É válido ressaltar que uma das funções primordiais do direito é a de fornecer certeza, consistente na possibilidade proporcionada aos jurisdicionados, de que por meio de um instrumental se vislumbre o caminho capaz de estabelecer a maior previsibilidade possível. “A atividade jurisdicional no seu conjunto, deve proporcionar e traduzir essa certeza, como resultante da tarefa de se dizer o direito, no seu todo, que se consolida em um panorama de decisões apreciavelmente coincidentes sobre os mesmos temas”³⁴¹.

Leonardo José Carneiro da Cunha, exatamente sobre este ponto, afirma que casos idênticos devem ser solucionados de uma mesma maneira, para que mantenha a coerência, a ordem e a unidade do sistema. Além disso, este modo de agir privilegia os princípios da isonomia e da legalidade, conferindo uma maior previsibilidade para casos similares ou

³⁴⁰ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante – Necessidade da aplicação conjunta dos dois institutos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 702.

³⁴¹ Ibid. p. 683.

idênticos, afastando-se arbitrariedades ou decisões tomadas ao exclusivo sabor de contingências ou vicissitudes pessoais do magistrado³⁴².

Neste aspecto, Frederick Schauer, analisando o sistema de precedentes norte-americano, destaca que o fato de um juiz ter de decidir um caso da mesma forma com que decidiu uma lide anterior, proporciona às partes a habilidade de prever a conduta a ser adotada pelo juiz e de planejar com maior facilidade suas vidas. Este fator proporciona tranquilidade e evita a indesejável insegurança causada pelo desconhecido³⁴³.

Na situação concreta nacional o direito da parte fica muitas vezes à mercê do acaso, ainda quando diante de situações absolutamente idênticas, sofrem os efeitos de decisões diferentes. Regras e princípios são interpretados de maneira diversa por juízes em casos iguais. Ademais, dependendo da vara ou turma do tribunal para qual foi distribuído o processo ou o que é ainda mais grave, da turma dos Tribunais Superiores, a solução dada ao caso será diferente. O fenômeno sorte na distribuição evidencia a gravidade da situação resultante da instabilidade decisional instaurada no Brasil³⁴⁴.

Neste ponto, Rodolfo de Camargo Mancuso sustenta que as lides não podem ficar sujeitas a decisões aleatórias e suspeitas, surpreendendo as partes com o resultado da demanda. Não podem ficar como “se o processo fosse um barco a deriva, ficando o seu destino final sujeito a eventualidade de seu encaminhamento a este ou àquele órgão jurisdicional, ou da distribuição do recurso a este ou àquele órgão fracionário do Tribunal”³⁴⁵.

Não se trata, conforme salienta José Carlos Barbosa Moreira, de impor aos órgãos judicantes uma camisa-de-força, que lhes tolhesse o movimento em direção a novas maneiras de entender regras jurídicas, sempre que aquela já adotada não mais corresponda às necessidades cambiantes do convívio social, mas sim, pura e simplesmente, de se evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes, e afinal, a própria unidade do sistema jurídico vigente fiquem na dependência da distribuição do processo ou do recurso a este ou aquele juiz ou órgão do Poder Judiciário³⁴⁶.

³⁴² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 179, 139-174, jan. 2010. p. 149.

³⁴³ SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 39, n. 597, feb. 1987. Disponível em: <<http://www.gvpt.umd.edu/CITE-IT/Documents/Schauer%201987%20Precedent.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

³⁴⁴ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. op. cit. p. 680.

³⁴⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 285.

³⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5. p. 5.

Se os juízes de primeiro grau respeitam a jurisprudência dos Tribunais Regionais e dos Estados e dos Tribunais Superiores, e os Tribunais Regionais e dos Estados respeitam a jurisprudência dos Tribunais Superiores e ainda, todos estes respeitam sua própria jurisprudência, o jurisdicionado tem maior segurança jurídica quanto à legalidade ou ilegalidade dos negócios que realiza em consonância com a norma legislada e com a norma aplicada.

De outro lado, se o Poder Judiciário admite a divergência de entendimentos, os negócios jurídicos se transformam em práticas incertas, em que o indivíduo sabe como entra, mas jamais saberá se e como sairá³⁴⁷.

A divergência interpretativa e, por consequência, jurisprudencial, gera, ainda, um sistema de justiça recursal que favorece os litigantes que acionam o Poder Judiciário, movidos pelas racionalidades de “baixos custos de acesso e risco”, “de perspectiva de ganho decorrente de experiências alheias ou próprias” e do “uso instrumental da justiça”, prejudicando o único grupo de litigantes que deveria favorecer, que tem como único objetivo a satisfação de um direito ameaçado ou efetivamente violado.

O livre convencimento motivado é visto como uma independência de julgar tida como absoluta, que abre espaço não apenas para a instabilidade decisional, como também para a proliferação de decisões arbitrárias que têm o condão de comprometer a segurança jurídica, o efetivo acesso à justiça e, por conseqüência, o desenvolvimento econômico.

Neste sentido, defende Luiz Guilherme Marinoni que o juiz não decide para si, mas para o jurisdicionado. Assim, não deve ser atribuída importância às preferências pessoais do magistrado acerca da questão de direito, que difere da dos tribunais que lhes são superiores. Afirmar o autor que “o juiz que contraria sua própria decisão, sem a devida justificativa, está muito longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto da prática de um ato de insanidade”. Do mesmo modo, “o juiz que contraria a posição do tribunal, ciente de que a este cabe a última palavra, pratica ato que, ao atentar contra a lógica do sistema, significa desprezo ao Poder Judiciário e desconsideração para com os usuários do serviço jurisdicional”³⁴⁸.

Outro problema que se pode destacar é que a influência da doutrina do *common law* no que se refere ao ativismo judicial não passou pela necessária problematização, ou seja, por um

³⁴⁷ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 574.

³⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 63.

rigoroso debate acadêmico. Aproveitou-se apenas o aspecto relativo à intensificação da atividade jurisdicional, potencializada a ponto de ser defendido um necessário ativismo judicial para se defender direito. Implementou-se um ambiente em que o ativismo judicial passou a caracterizar a própria jurisdição, apresentando-se como uma verdadeira solução para os problemas sociais, ou ainda, como uma etapa indispensável para o cumprimento do texto constitucional³⁴⁹.

Marinoni afirma que com a evolução do *civil law*, particularmente em virtude do constitucionalismo, os juízes passaram a ser dotados de um poder similar àquele do juiz inglês submetido ao *common law*, pois na Inglaterra, ao juiz só é permitido criar o direito quando não há, acima dele, qualquer Corte que possa tratar da matéria que lhe foi submetida³⁵⁰, e ao poder do juiz americano, este dotado de poder de controlar a lei a partir da Constituição. Neste cenário, “o juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de dimensioná-la na medida dos direitos positivados na Constituição”³⁵¹, tendo hoje um poder criativo maior do que aquele conferido ao juiz do *common law* uma vez que, ao contrário deste, não está vinculado ao respeito aos precedentes³⁵². Diz-se isto, pois segundo o autor, “se o juiz pode negar a validade da lei em face da Constituição ou mesmo instituir regra imprescindível à realização de direito fundamental, o seu papel não é mais aquele concebido por juristas e processualistas de épocas distantes”³⁵³.

O impacto causado pelo constitucionalismo no *civil law* adotado no Brasil evidencia um verdadeiro processo de transformação das concepções de direito e jurisdição na medida em que o Direito passou a ser verificado na Constituição, cabendo ao juiz conformar a lei aos direitos contidos na Constituição. Este papel assumido pelo juiz do *civil law* é inconcebível com os seus princípios fundadores, diante do amplo papel criativo que lhe é conferido, pois o juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido a ela³⁵⁴.

Não se nega a ocorrência da criação judicial do direito. Pelo contrário, entende-se que esta prática é necessária, em virtude da existência de princípios vagos, alternativas abertas de

³⁴⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial** – Limites da atuação do Poder Judiciário –. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 28; VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **Ativismo judicial: uma nova era dos direitos fundamentais**. São Paulo: Baraúna, 2012, p. 401-403; MIRANDA, Alessandro Santos de. **Ativismo judicial na promoção dos direitos sociais: O Supremo Tribunal Federal como formador de novos parâmetros de civilidade social e propagador do ativismo judicial**. São Paulo: LTr, 2013, p. 158-159.

³⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 29.

³⁵¹ Ibid. p. 38.

³⁵² Ibid. p. 39.

³⁵³ Ibid. p. 38.

³⁵⁴ Ibid. p. 67.

sentido, ambíguas ou obscuras. A propósito, afirma Mauro Cappelletti que em virtude dos vários significados de uma palavra ou da combinação de palavras, são geradas incertezas que devem ser resolvidas pelo intérprete, no caso, o juiz. Deve ele preencher as lacunas, precisar as nuances, esclarecer as ambiguidades. Contudo, afirma o autor que este modo de interpretação resulta em um processo de criação do direito, mas que esta discricionariedade jamais pode ser confundida com arbitrariedade, pois “embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos”³⁵⁵. É interessante notar que o autor trabalha os conceitos de discricionariedade e arbitrariedade de forma semelhante com que Lenio Streck trabalha com os conceitos de decisão e escolha. A discricionariedade de Cappelletti muito se assemelha à decisão judicial concebida por Lenio, e a arbitrariedade à escolha.

Assim, esta integração deve ser controlada e exercida de acordo com os parâmetros previamente estipulados pelo legislativo, que detém a competência constitucional para a elaboração das leis, sob pena de que o juiz se insira no campo do ativismo judicial³⁵⁶.

Além disso, a sociedade é um organismo vivo e assim como acontece com todos os organismos vivos, as transformações pelas quais passam, ocorrem lentamente. Não se verificam alterações bruscas. “Portanto, já que o direito muda quando precisa adaptar-se, nada justifica que as alterações ocorram da noite para o dia, em situações de normal desenvolvimento”³⁵⁷.

A criação quando necessária e possível, dentro de parâmetros que devem ser pré-estabelecidos, deve ocorrer com o necessário respeito aos precedentes como condição *sine qua non* da democracia. Nesta ordem de ideias, devem ser respeitadas as relações jurídicas obrigacionais privadas, que foram constituídas sob a égide de uma legislação vigente e aplicável ao caso pois, do contrário, prevalece a incerteza e a instabilidade decisional, o que não é desejável em uma conjuntura em que se busca aperfeiçoar as bases para o desenvolvimento econômico.

Há, portanto, a premente necessidade de que as bases do sistema jurídico brasileiro sejam revistas, principalmente no que se refere aos mecanismos de consolidação da jurisprudência e de vinculação dos magistrados. Apenas com reformas neste sentido é que se

³⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 23-24.

³⁵⁶ Ibid. p. 25.

³⁵⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução no Direito. In: _____ (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 15.

poderia otimizar a prestação jurisdicional e permitir que o sistema de justiça brasileiro seja considerado eficiente.

Estabelecer os parâmetros destas reformas, contudo, tem sido um grande desafio dos estudiosos do direito. Neste cenário, os estudos do direito comparado podem ser de grande valia para a instrumentalização de propostas de solução os problemas que acometem a eficiência do Poder Judiciário brasileiro.

Conforme assevera Teresa Arruda Alvim Wambier a porta para os padrões internacionais não deve estar, em tese, fechada, sendo palatável que se possa contar com a influência de princípios ou teorias concebidas em culturas mais evoluídas, recordando-se a *disregard doctrine* e a teoria da imprevisão (*frustration of purpose* ou *frustation of contract*). Pondera, no entanto, que a ruptura não pode ocorrer de forma drástica, sendo necessário que o ambiente seja cuidadosamente preparado para o transplante, considerando-se todas as ramificações necessárias³⁵⁸.

Não se ignora, evidentemente, que um modelo de sistema de justiça não pode ser transpassado *ipsis litteris* de um país para o outro. Para a criação, desenvolvimento e aperfeiçoamento de um modelo, foram inevitavelmente incorporadas as circunstâncias territoriais, os costumes e a história daquele país, que diverge de qualquer outro.

Entretanto, com o estudo de outros sistemas de justiça, é possível aprender formas de soluções dos problemas apresentados neste estudo. Assim, devem ser consideradas as variações institucionais locais, a existência de diferentes arranjos nacionais, forjados ao longo de trajetórias históricas e materializados em uma teia complementar de leis, instituições, valores e padrões culturais, elementos que figuram subjacentes aos regimes de organização social e econômica para que as práticas de outros sistemas de justiça possam, com as devidas adaptações, ser incorporadas ao sistema de justiça brasileiro.

³⁵⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução no Direito. In: _____ (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 86.

5 POSSÍVEIS SOLUÇÕES AO PROBLEMA: UMA SOLUÇÃO TEÓRICA PARA CONDUZIR A UMA MELHORIA PRÁTICA

Em virtude dos problemas apresentados na seção 3 e da necessidade de se atribuir eficiência ao sistema de justiça brasileiro, em termos de previsibilidade das decisões judiciais como corolário do desenvolvimento econômico, buscou-se estudar possíveis formas de solucionar o problema.

O objetivo desta seção é de, em um primeiro momento, estudar soluções teóricas que possam conduzir a uma melhoria prática em relação aos problemas apresentados. Assim, partindo-se de um estudo das instituições e, principalmente do Direito, são analisadas possibilidades no campo prático, como o uso de um sistema de precedentes judiciais e, concomitantemente, a implementação de mecanismos de vinculação dos magistrados.

5.1 SOLUÇÕES VIA QUESTÃO INSTITUCIONAL

Nesta subseção pretende-se delinear um arcabouço teórico institucional, apto a constituir o *enforcement* necessário ao cumprimento dos contratos. Serão estudadas as instituições formais, compreendidas pelo ordenamento jurídico existente e as instituições informais, como os códigos de conduta e costumes não escritos. Na sequência, procurar-se-á demonstrar que a insuficiência das instituições formais exige a aplicação conjunta das instituições formais, para que se possa definir o conjunto de escolhas a disposição dos indivíduos, bem como os seus efeitos.

Como referência bibliográfica, utilizou-se com certa constância, a bibliografia de Douglass C. North, em virtude da profundidade e do pioneirismo quanto à análise do papel desempenhado pelas instituições no desenvolvimento econômico de uma nação. North dedicou-se ao estudo das instituições por mais de cinquenta anos, sendo inclusive, premiado com o Prêmio Nobel de Economia no ano de 1993. É, portanto, a principal referência bibliográfica sobre o assunto para esta parte do estudo.

Utilizou-se também outras fontes bibliográficas que, partindo das premissas teóricas desenvolvidas por North, atingiram resultados semelhantes e pela pertinência, foram analisadas neste estudo.

No desenvolvimento desta primeira parte, foram utilizados os ensinamentos de Eros Roberto Grau, no que se refere à importância do Direito para o desenvolvimento e manutenção do modo de produção capitalista e da necessidade de uma atuação conjunta das

instituições formais e informais para se atribuir ordem à sociedade. A doutrina de Eros Grau, neste aspecto, corrobora as assertivas de North, no que se refere à importância das instituições e neste caso, o Direito, para o desenvolvimento dos mercados de forma eficiente, e também quanto à necessidade de instituições formais e informais, para se garantir o cumprimento dos contratos.

Utilizou-se também a doutrina de Ivo Teixeira Gico Junior para reforçar a doutrina de North quanto à importância do papel desempenhado pelo Poder Judiciário, que deverá atuar como um terceiro desinteressado na imposição de obrigações *ex post* e *ex ante* aos indivíduos, a fim de se evitar comportamentos desviantes, em busca de um resultado cooperativo.

Esta primeira parte é de fundamental importância para que possa pensar em na parte subsequente desta seção.

5.1.1 Instituições formais (*formal constraints*) e informais (*informal constraints*), e a sua execução (*enforcement*)

Como se viu na seção 2, a partir dos ensinamentos de Ronald Coase, Douglass North e Mancur Olson Jr., as instituições desempenham um papel de fundamental importância para o desenvolvimento econômico de um país, atuando diretamente no cumprimento das obrigações pactuadas nos contratos e na garantia dos direitos de propriedade.

Neste contexto, destacou-se que o sistema de justiça de uma nação, compreendido pelos sistemas legal e judicial, atua de forma bastante relevante para o devido respeito aos direitos e à garantia do cumprimento das obrigações. Isto porque, estabelece regras de convivência, que se traduzem em “instituições formais que restringem o conjunto de possibilidades de cada um de seus agentes”³⁵⁹. E que devem ser dotadas de eficiência, no sentido de atender às necessidades dos jurisdicionados com previsibilidade e segurança, evitando-se a ocorrência de desperdícios.

O Direito, segundo Eros Grau, é elemento constitutivo do modo de produção social. No modo de produção capitalista, assim como em qualquer outro modo de produção, o

³⁵⁹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário:** subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. 2012. 146 f. Tese (Doutorado em Economia Política) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=ivo_teixeira_gico_junior>. Acesso em: 13 jul. 2013. p. 5.

Direito atua também como um mecanismo de mudança social, com interação em relação a todos os níveis, ou estruturas regionais, da estrutura social global³⁶⁰.

Para este autor, tamanha é a importância do Direito para a composição e manutenção do modo de produção capitalista, que as relações neste modo “não poderiam existir, nem reproduzir-se sem a forma do direito, a instituir as condições que conferem fluência à circulação mercantil”³⁶¹. Em outros termos, “a estrutura econômica do capitalismo não existiria se não existisse um direito que supusesse regras gerais e sujeitos abstratos, livres e iguais”³⁶².

Pondera, ainda, que “o desenvolvimento capitalista exige previsão e calculabilidade e a racionalidade do mercado corresponde a esse direito, como forma de domínio racional viabilizador da circulação mercantil”³⁶³. É exatamente neste sentido que instituições fortes têm o condão de reduzir a incerteza, criando um ambiente favorável à realização de trocas, gerando rendas e movimentando favoravelmente a economia do país. Atuam no sentido de reduzir a possibilidade de escolha dos indivíduos, trilhando os caminhos para a convivência humana, na medida em que condicionam o agir individual. São, portanto, garantias de segurança e estabilidade das regras do jogo, na medida em que disciplinam as oportunidades que os *players* têm ao adotar suas condutas³⁶⁴.

No Brasil, como se viu na seção 4, o Poder Judiciário está muito aquém de ser considerada uma instituição eficiente diante, entre outros aspectos, de sua incapacidade de fornecer à sociedade previsões sobre os efeitos de suas condutas.

Esta assertiva evidencia a necessidade de uma ampla reforma nas bases do sistema de justiça brasileiro, a fim de conferir-lhe a almejada eficiência. Para tanto, uma das possíveis soluções a serem adotadas parte de uma solução teórica para que se possa atingir uma melhoria prática. Vale dizer, parte de uma reforma via questão institucional, possibilitando a instrumentalização de soluções no campo prático.

As regras legais, assim como sua aplicação pelo Poder Judiciário, precisam ser dotadas de previsibilidade e, portanto, de segurança jurídica. A finalidade é de estimular os indivíduos à realização das trocas, haja vista que tanto o processo de negociação em si como

³⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. **Direito Posto e Direito Pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 21.

³⁶¹ Ibid. p. 22.

³⁶² Ibid. p. 59.

³⁶³ Ibid. p. 118.

³⁶⁴ NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 34.

também os seus resultados receberão proteção de instituições fortes e dotadas de credibilidade.

É interessante notar, como já destacado por Douglass North, que mesmo as sociedades primitivas tinham suas relações disciplinadas por instituições. Aspectos culturais, códigos de conduta e comportamento, assim como os costumes, regiam o modo de convivência das relações primitivas. Entre as tribos, havia a mentalidade de que não se admitia o roubo entre os membros da própria tribo, pois isto teria o condão de instaurar uma situação indesejável de violência. A tribo deveria manter-se unida e forte, para se proteger de ameaças externas³⁶⁵.

Em todos os estágios da sociedade, desde a mais primitiva até a mais avançada, as pessoas impuseram sobre si restrições para estruturar a convivência em sociedade. Sob condições de informações e habilidades computacionais limitadas, as restrições reduzem os custos da interação humana, quando comparado a uma realidade em que não existem instituições.

Mark Casson, Marina Della Giusta e Uma Kambhampati, afirmam a existência de diferentes abordagens a respeito das instituições e da sua evolução. De acordo com a perspectiva contratualista, as instituições históricas se desenvolveram em virtude de um contrato social entre a sociedade e o Estado, em que aquela delegou a este o uso da violência, tendo em contrapartida, a proteção e a ordem social. Neste contexto, instituições políticas e de defesa passaram a ter sua importância, mas com o transcurso do tempo, estas instituições foram supridas por instituições econômicas, como a propriedade privada e os mercados, que por sua vez, passaram a estimular o desenvolvimento da economia. A teoria institucional de Douglass North, adotada neste estudo, explica a evolução das instituições a partir da cristalização das regras informais, em regras formais³⁶⁶.

Ao contrário das regras formais, facilmente verificáveis na sociedade atual, Douglass North destaca a importância de restrições que são mais difíceis de serem descritas, as informais. A importância e relevância destas restrições, segundo o autor, podem ser verificadas na sua manutenção nas sociedades, a despeito de uma súbita mudança das regras formais, conforme se verifica no Japão, após a ocupação norte-americana no período pós

³⁶⁵ NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 37.

³⁶⁶ CASSON, Mark C.; GIUSTA, Marina Della; KAMBHAPATI, Uma S. Formal and Informal Institutions and Development. **World Development**, v. 38, n. 2, p. 137-141, 2010. p. 137.

Segunda Guerra Mundial e até mesmo no momento pós Revolução Russa, provavelmente a mais completa transformação de uma sociedade já ocorrida na história³⁶⁷.

As instituições informais são verificadas nas tradições, costumes, valores morais, crenças religiosas e outras normas de comportamento que passam pelo “teste do tempo”. Conforme pontua Svetovar Pejovich são denominadas “*the old ethos*”, “*the hand of the past*” e ainda “*the carriers of history*”. São incorporadas à comunidade provocando percepções sobre o mundo, com base no passado e em um rol de valores³⁶⁸. Decorrem de informações transmitidas socialmente e que são parte de uma herança, chamada de cultura. A cultura, por seu turno, representa a transmissão de uma geração para a outra, através de ensinamentos e imitações, de conhecimento, valores e outros fatores que influenciam o comportamento humano³⁶⁹. Pelo fato de serem herdadas é que Lekovic afirma que não são propensas a mudanças, ou seja, mudam lentamente com o transcurso do tempo, de geração em geração³⁷⁰.

Assim, diante da inexistência de regras formais para disciplinar a convivência em sociedade, as sociedades primitivas se utilizavam de uma densa rede social para desenvolver estruturas informais de substancial estabilidade. A ameaça de violência, para as sociedades primitivas, era concebida por uma contínua força para a preservação da ordem, em virtude das suas implicações para os outros membros da comunidade³⁷¹.

Citando Elizabeth Colson, North afirma que as tribos primitivas operavam um conjunto de regras ou padrões de conduta que definiam as ações apropriadas sob determinadas circunstâncias. Estas regras operavam no sentido de eliminar o conflito de interesses, definindo o que os indivíduos poderiam esperar a partir da certeza dos seus companheiros³⁷². Eram, portanto, as instituições informais que regiam as relações dos indivíduos nas sociedades primitivas.

A redução da possibilidade de conflitos decorre do fato de que as restrições informais, neste caso, reduziam a ambiguidade, definindo de forma precisa e universal os deveres e obrigações dos indivíduos³⁷³. Estas restrições provocam um *enforcement* ao ocupar o lugar de

³⁶⁷ NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 36-37.

³⁶⁸ PEJOVICH, Svetovar. The Effects of the Iteration of Formal and Informal Institutions on Social Stability and Economic Development. **Journal of Markets & Morality**, n. 2 p. 164-181, fall 1999. p. 166.

³⁶⁹ NORTH, Douglass C. op. cit. p. 37.

³⁷⁰ LEKOVIC, Vlastimir. Interaction of formal and informal institutions – Impact on Economic Success. **Facta Universitatis**, Series Economics and Organization, v. 8, n. 4, p. 357-370, 2011. p. 365.

³⁷¹ NORTH, Douglass C. op. cit. p. 39.

³⁷² Ibid. p. 38.

³⁷³ Ibid. loc. cit.

sanções, como por exemplo, a expulsão da comunidade, o ostracismo por parte dos amigos e vizinhos e a perda de reputação³⁷⁴.

As instituições informais, segundo North, desempenharam um papel de relevante importância no decorrer da história, para o desenvolvimento das sociedades mercantis na Europa e para a criação das instituições formais. Afirmar que restrições informais podem ensinar em um acordo de menores custos e formas de medição (pesos padronizados e medidas, por exemplo) e fazer a segunda e terceira execução por parte da facção eficaz por meio de dispositivos de sanção ou redes de informação que familiarizavam terceiros com o desempenho de câmbio específico (classificações de crédito, melhores agências de negócios, etc.). Estas organizações e instrumentos que fazem normas de comportamento cooperativo (restrições informais) são eficazes não só em uma grande parte da história de troca mais complexa ao longo da história, mas são notavelmente paralelas com o jogo dos modelos teóricos que produzem resultados de cooperação por meio de recursos que alteram as taxas de desconto e produzem um aumento de informação. O crescimento de formas mais complexas de intercâmbio na Europa ainda medieval e moderna foi possível graças a uma variedade de instituições informais, tais como a antiga lei do comerciante e os códigos de conduta do comerciante publicados³⁷⁵.

O modo com que a mente humana processa a informação não é apenas a base para a existência das instituições, como também é a chave para que se entenda a importância do modo com que as instituições informais influenciam no processo de escolha humana em curto e em longo prazo. Em curto prazo, a cultura da sociedade define o modo com que os indivíduos processam e utilizam a informação e por isso afetam o modo com que as instituições informais são especificadas. E em longo prazo, produzem implicações no processo cultural de informação que constituem a base das instituições informais, desempenhando um importante papel no desenvolvimento das instituições formais³⁷⁶.

A lenta transformação das sociedades primitivas, cujas regras de convivência eram baseadas nas tradições e costumes (instituições informais), para as sociedades consideradas complexas, que passaram a ser regidas também pela lei escrita (instituição formal), evidencia

³⁷⁴ PEJOVICH, Svetovar. The Effects of the Interaction of Formal and Informal Institutions on Social Stability and Economic Development. **Journal of Markets & Morality**, n. 2 p. 164-181, fall 1999. p. 166.

³⁷⁵ NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 41.

³⁷⁶ Ibid. p. 42; 44.

o que North denomina de uma “formalização das restrições” (*the formalization of constraints*)³⁷⁷.

Para Eros Grau, “o que transforma uma norma social em norma jurídica é o fato de a massa das consciências individuais chegar à compreensão de que a sanção material desta norma pode ser socialmente organizada”, ou seja, “que a reação social contra sua violação pode ser socialmente organizada pelo emprego da coerção”. É, segundo Eros Grau, no momento em que a massa dos espíritos concebe a possibilidade de organização social de uma regra, que passa a desejá-la, provocando sua constituição, que enseja no aparecimento da regra de direito³⁷⁸.

A elaboração de um sistema formal de regras para lidar com disputas mais complexas implicou a criação de regras formais para definir as relações entre os agentes, ensejando o desenvolvimento das hierarquias, a partir das organizações³⁷⁹. As regras formais, segundo North, podem complementar e incrementar a efetividade das restrições informais, na medida em que podem reduzir o custo de informação, de monitoramento e de execução e por isso tornar as instituições informais soluções possíveis para trocas mais complexas, podendo, inclusive, atuar na modificação, revisão ou substituição das instituições informais³⁸⁰.

Estas regras formais se materializam por regras políticas, econômicas e pelos contratos. As regras políticas definem de forma geral a estrutura hierárquica da política, sua estrutura decisional básica e as características explícitas da sua agenda de controle. As regras econômicas, por seu turno, definem os direitos de propriedade, e os contratos contém provisões específicas a respeito de um acordo específico em uma troca³⁸¹.

A importância das instituições formais é evidente, na medida em que perfaz o instrumental material que regula os direitos e deveres dos indivíduos em uma sociedade. Contudo, como bem adverte North, muito embora as regras formais estabeleçam a fonte básica do direito material, com o objetivo de testar a *performance* econômica sob várias condições, o grau com quem estas regras se identificam com a performance é limitado³⁸².

Desta forma, apenas uma junção das instituições informais e formais, garantidas pela sua execução, é que define o conjunto de escolhas a disposição dos indivíduos e os seus

³⁷⁷ NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 46.

³⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. **Direito Posto e Direito Pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 73.

³⁷⁹ NORTH, Douglass C. op. cit. loc. cit.

³⁸⁰ Ibid. p. 47.

³⁸¹ Ibid. loc. cit.

³⁸² Ibid. p. 53.

respectivos efeitos³⁸³. Nestes termos, Pejovich afirma que o quadro institucional predominante em uma sociedade constitui-se de instituições formais e informais e a maior função que desempenham é a de facilitar a troca, ao atribuir previsibilidade ao comportamento humano em um mundo em que as informações são incompletas e incertas³⁸⁴.

A hierarquia das normas constitucionais - lei estatuto, lei comum (e até mesmo estatuto social) -, em conjunto, definem a estrutura formal de direitos em uma troca específica. Além disso, um contrato será escrito levando em consideração as características de sua execução. Em razão dos altos custos envolvidos para a medição destas características, a maioria dos contratos será incompleta e, portanto, restrições informais irão desempenhar um grande papel neste acordo. Dentre estas instituições informais incluem-se reputação, padrões de conduta amplamente aceitos (eficazes na medida em que a conduta das outras partes é prontamente observável), e as convenções que emergem de interações repetitivas³⁸⁵.

Restrições formais e informais podem ter uma relação de cooperação, tolerância, competição e substituição³⁸⁶. Mas neste estudo, admite-se que as instituições formais e informais podem cooperar entre si. Se as mudanças nas regras formais ocorrerem em harmonia com as instituições informais predominantes na sociedade, a interação entre os seus incentivos tenderão a reduzir os custos de transação em uma comunidade, tornando acessíveis as fontes para a produção de riquezas. Por outro lado, quando as novas regras formais entrarem em conflito com as instituições informais predominantes na sociedade, a interação entre os seus incentivos irá aumentar os custos de transação e reduzir a produção de riquezas na comunidade³⁸⁷.

Helmke e Levitsky ponderam que se as instituições formais produzem resultados similares na presença ou na abstenção de certa instituição informal, a consequência é de que esta última tem pouca importância, devendo o foco ser voltado às instituições formais. De outro lado, se a presença de uma instituição informal em um contexto de instituições formais em particular, tem como resultado a produção de melhores resultados, devem então estas instituições informais ser reforçadas³⁸⁸.

³⁸³ NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 53.

³⁸⁴ PEJOVICH, Svetovar. The Effects of the Iteration of Formal and Informal Institutions on Social Stability and Economic Development. **Journal of Markets & Morality**, n. 2 p. 164-181, fall 1999. p. 165.

³⁸⁵ NORTH, Douglass C. op. cit. p. 61.

³⁸⁶ HELMKE, Gretchen; LEVITSKY, Steven. Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda. **Perspectives on Politics**, v. 2, n. 4, p. 725-740, 2004.

³⁸⁷ PEJOVICH, Svetovar. op. cit. p. 171.

³⁸⁸ HELMKE, Gretchen; LEVITSKY, Steven. op. cit. p. 730.

Os autores, no estudo realizado sobre a atuação das instituições informais na agenda política, afirmam que as instituições informais tem adquirido lugar em áreas que até pouco tempo eram de domínio exclusivo de instituições formais. Dentre os exemplos que trazem no estudo, relatam que em se tratando de política judicial, um estudo sobre relações executivas da Corte Argentina demonstrou que não obstante as garantias constitucionais, a Suprema Corte de Justiça respondeu com uma maior produção de resultados quando estimulada também por uma instituição informal: a do domínio de segurança³⁸⁹.

North pontua que a evolução das normas constitucionais na Inglaterra muito se deve a uma mistura das instituições formais e informais. Tanto o respeito à lei como também a honestidade e integridade dos juízes, que são padrões de conduta autoexecutáveis muito importantes, se constituíram como partes importantes desta história de sucesso³⁹⁰.

Eros Roberto Grau, por sua vez, no seu estudo sobre o Direito Posto e o Direito Pressuposto, concebe o direito como um sistema de normas e princípios que são coercitivamente impostos a determinado grupo por qualquer organização social, dotada de poderes para tanto³⁹¹. Valer dizer, preconiza a existência de instituições para impor o direito e fazer cumpri-lo. E prossegue afirmando, o referido autor, que o direito é um vocábulo que se conota norma, decisão e ordenamento e estrutura: “E as ações do rei, do senhor, do mestre, do governante, bem assim do juiz ou de um tribunal – decisões –, nos remetem a uma ordem institucional concreta, que não é somente uma regra”³⁹². E não seria apenas isto, pois o “rei” deve ser um “rei” justo, que deve comportar em si mesmo determinadas qualidades, supremas e imutáveis, concretas de uma ordem³⁹³.

Ou seja, não apenas as instituições formais são necessárias à garantia da ordem em sociedade, mas também as instituições informais, aptas a garantir a aplicação e o cumprimento do direito. Isto porque as instituições formais e informais devem ter entre si uma relação de complementaridade, em que as instituições informais preenchem os espaços deixados pelas instituições formais, sem violar o contexto destas. Por isso, Helmke e Levitsky afirmam que aumentam o desempenho ou a eficiência das instituições formais³⁹⁴.

³⁸⁹ HELMKE, Gretchen; LEVITSKY, Steven. Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda. **Perspectives on Politics**, v. 2, n. 4, p. 725–740, 2004. p. 731.

³⁹⁰ NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 60.

³⁹¹ GRAU, Eros Roberto. **Direito Posto e Direito Pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 17.

³⁹² Ibid. p. 21.

³⁹³ Ibid. p. 21.

³⁹⁴ HELMKE, Gretchen; LEVITSKY, Steven. op. cit. p. 737.

A necessária interação entre instituições formais e informais para que seja atingido um bom resultado econômico tem sido objeto de análise no campo da economia e do desenvolvimento. Seguindo a base teórica de North, autores como os já citados Pejovich, Helmke e Levitsky, Casson, Giusta e Kambhupati e também Vlastimir Lekovic têm desenvolvido estudos sobre a produção de efeitos positivos derivados desta interação.

A conclusão atingida por estes autores é bastante semelhante: a junção de instituições formais e informais, assim como sua execução, proporciona um quadro institucional apto a trazer ordem para as relações sociais, reduzindo a flexibilidade e a variação de comportamento e, por isso, limitando o exercício unilateral em busca de interesses pessoais e oportunistas. E com a regulação da conduta dos indivíduos, introduzem um grau possível de previsibilidade e garantem com segurança a continuidade das relações de troca³⁹⁵.

Isto decorre do fato de que a existência de regras do jogo claras e acessíveis que são suportadas por um sistema legal e por “leis” derivadas de costumes são desejáveis em um contexto de sucesso econômico³⁹⁶.

A execução (*enforcement*), de acordo com Douglass North, pode se vista como um meio externo de fazer valer determinada obrigação. Neste aspecto, um contrato é autoexecutável quando os custos para sua elaboração e para os acordos de execução são inferiores aos benefícios trazidos pela contratação³⁹⁷.

Normalmente nestes casos as partes têm um amplo conhecimento sobre umas as outras e estão envolvidas em trocas repetidas, ou seja, têm acesso a informações completas e perfeitas, assim como ocorria nas sociedades tribais e primitivas, bem como nas pequenas comunidades. Assim, é possível atingir soluções cooperativas de autoexecução dos contratos, sem que seja necessária a presença de instituições fortes. Ocorre que, em um mundo em que as trocas ocorrem de forma impessoal, entre múltiplos indivíduos que não se conhecem, ou seja, em que os indivíduos têm acesso limitado às informações, que não são apenas limitadas, mas também variáveis, dependendo de uma parte para a outra e que as trocas ocorrem apenas uma vez, e não repetidamente, soluções cooperativas são muito difíceis de atingir. Nestes casos, faz-se necessário que os contratos sejam acompanhados de um meio externo às partes, apto a executá-los. É neste ponto que se verifica a importância das instituições³⁹⁸.

³⁹⁵ LEKOVIC, Vlastimir. Interaction of formal and informal institutions – Impact on Economic Success. **Facta Universitatis**, Series Economics and Organization, v. 8, n. 4, p. 357-370, 2011. p. 360.

³⁹⁶ Ibid. p. 368.

³⁹⁷ NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 55.

³⁹⁸ Ibid. p. 57.

Com informações incompletas as soluções cooperativas não se sustentam, surgindo a necessidade de que se criem instituições para fornecer informações suficientes para os indivíduos, evitando-se desvios de comportamento no cumprimento dos contratos. Ressalte-se que a criação de um ambiente institucional que induz comprometimento implica um quadro institucional complexo de regras formais, restrições informais e sua execução por um meio externo formal, que em conjunto, possibilitam transacionar a baixo custo³⁹⁹.

Este meio externo formal para a execução dos contratos seria uma parte externa à negociação com a habilidade, e sem custos, que iria medir os atributos do contrato e, novamente sem custos, executar os acordos de modo que a parte ofendida seja sempre compensada pela outra, tornando custosa e, portanto, inviável, a violação do contrato⁴⁰⁰.

Nos países desenvolvidos, este meio externo para a execução das obrigações é verificado por um sistema eficiente de justiça, que inclui desde um ordenamento jurídico estruturado e específico para disciplinar a convivência humana, até agentes, como os advogados, os árbitros e os mediadores e, principalmente, o Poder Judiciário, apto a solucionar as contingências que são levadas à sua apreciação.

Ivo Teixeira Gico Junior pondera que a função do Poder Judiciário, é a de atuar como “um terceiro desinteressado capaz de impor às partes, *ex post*, as obrigações públicas (lei) e privadas (contratos) assumidas *ex ante*, fazendo com que o retorno esperado do comportamento desviante seja negativo”. Assim, “como o comportamento desviante deixa de ser interessante para o agente social, as promessas realizadas por cidadãos e grupos políticos passam a ser críveis e supera-se, assim, o problema da desconfiança recíproca”, gerando como resultado, a cooperação⁴⁰¹.

Nos países de terceiro mundo, por outro lado, a execução dos contratos é incerta, não apenas em virtude da ambiguidade da lei, como também da incerteza quanto aos efeitos das condutas adotadas pelos agentes⁴⁰².

Este mecanismo externo de execução dos contratos implica, portanto, desenvolvimento do Estado como uma força coercitiva, apta a monitorar os direitos de

³⁹⁹ NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 57.

⁴⁰⁰ Ibid. p. 58.

⁴⁰¹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. 2012. 146 f. Tese (Doutorado em Economia Política) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=ivo_teixeira_gico_junior>. Acesso em: 13 jul. 2013. p. 20.

⁴⁰² NORTH, Douglass C. op. cit. p. 59.

propriedade e forçar a execução dos contratos de forma efetiva. Contudo, como pondera North “*no one at this stage in our knowledge knows how to create such an entity*”⁴⁰³.

Contextualizando os ensinamentos de North com o cenário atual do Poder Judiciário brasileiro, chega-se à conclusão de que em virtude da falta de previsibilidade das decisões judiciais, a execução dos contratos é incerta. Os indivíduos não têm condições de antever os efeitos de suas condutas, o que tem como consequência o aumento dos custos de transação e, em determinados casos, a inviabilização de negócios, o que representa um óbice ao desenvolvimento econômico, como se desenvolveu na seção 2.

Assim, não basta apenas a elaboração de um aparato normativo apto a regulamentar as relações humanas, compreendido pela Constituição Federal, pelas leis ordinárias e complementares, decretos, resoluções e regulamentações, para que se regule de forma eficaz as possibilidades de escolha dos indivíduos e os seus respectivos efeitos.

Isto porque, conforme assinalado nesta subseção, as instituições formais não são suficientes por si só, em virtude de não guardar uma precisa correlação entre restrições e performance econômica. São permeadas por ambiguidades, contradições, lacunas e não possuem condições de regular todos os atos da vida em sociedade, assim como acompanhar suas transformações *pari passu* com o transcurso do tempo.

Além disso, são aplicadas por juízes dotados de restrições internas. Eros Grau pontua que quando falamos em sistema jurídico, supõe-se a ideia de ordenação interior e unidade no sentido⁴⁰⁴. “No direito, dominado pelos sentidos axiológico e teleológico, a ideia de ordenação conduz à de adequação: tanto o legislador como o juiz devem tomar adequadamente os dados, axiológicos do direito” tratando-se de uma adequação valorativa⁴⁰⁵.

Richard Posner, ao analisar as restrições internas dos juízes no momento do julgamento, afirma que existem dois conceitos de lei: o legalista, representando por Antonin Scalia, consistente em regras, direitos e princípios e o pragmatista, representando por Ronald Dworkin, consistente em o que quer que os juízes decidam, na sua capacidade oficial de julgar⁴⁰⁶. Filiando-se ao primeiro, afirma que mesmo uma visão legalista da lei pode apresentar incertezas, pois a aplicação de uma regra aos fatos é problemática quando os fatos são incertos⁴⁰⁷.

⁴⁰³ NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 59.

⁴⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. **Direito Posto e Direito Pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 23.

⁴⁰⁵ Ibid. p. 24.

⁴⁰⁶ POSNER, Richard. A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010. p. 175.

⁴⁰⁷ Ibid. p. 176.

Do mesmo modo, os contratos, ainda que atentamente elaborados por profissionais capacitados e habilitados para esta finalidade, são inexoravelmente dotados de contingências que exigem, em grande número, uma resposta do Poder Judiciário para solucionar as controvérsias que surgem no decorrer de seu cumprimento.

Vale ressaltar, neste aspecto, os altos custos incidentes sobre contratos que preveem todas as eventualidades (custos *ex ante*) e que a depender do caso, podem inviabilizar a realização da troca. Assim, as partes tendem a preferir contratos incompletos, desde que tenham a garantia de que se levada à apreciação do órgão jurisdicional, a contingência será solucionada de modo já previamente calculado, evitando surpresas e, por consequência, custos não previstos que possam incidir sobre a negociação, o que como visto neste estudo, não ocorre no Brasil.

Faz-se necessário, diante deste contexto, que as regras formais sejam devidamente aplicadas na forma prevista em lei, mas também de acordo com um código de conduta e comportamento dos seus aplicadores e de todos os serventuários da justiça. Valer dizer, a honestidade e integridade dos magistrados em relação ao arcabouço normativo existente e em vigor, seguindo a jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como respeitando os efeitos das suas próprias decisões são restrições informais imprescindíveis à correta aplicação das restrições formais.

Neste aspecto, Posner, ao analisar o juiz no contexto norte-americano em que lhe é conferido um poder discricionário e até mesmo de legislar, em determinados casos, afirma que os juízes federais se distinguem dos juízes eleitos no exercício de sua atividade judicante, pois não estão suscetíveis a restrições externas. As maiores exceções são aquelas restrições que atualmente expandem a autoridade discricionária do juiz, que são regras que definem e protegem um Poder Judiciário independente, como normas éticas e profissionais que atribuem estrita imparcialidade aos juízes, isolando-os do controle efetivo por parte de ramos populares do governo. Afirma, em conclusão, que quanto mais livre é o juiz da influência de seus interesses pessoais e de outras preocupações pessoais, como por exemplo, a de ser promovido, maior é a variedade de influências externas a que sua decisão está suscetível⁴⁰⁸.

Esta posição de Richard Posner é alvo de crítica por Ronald Dworkin, que se contrapõe à possibilidade de uma atuação discricionária pelos juízes. Afirma que a criação do direito poderia conduzir a situações injustas. Dworkin defende a existência de uma resposta

⁴⁰⁸ POSNER, Richard. A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010. p. 174.

correta para todos os casos jurídicos e que a tarefa para encontrá-la é de responsabilidade do juiz fictício, por ele denominado “Hércules”⁴⁰⁹.

Em que pese à crítica de Dworkin, Posner afirma que no contexto norte-americano, quando um juiz é eleito pelo povo, tende a agradar o público para satisfazer suas pretensões pessoais. Suas decisões ficam suscetíveis a influências externas, tornando-as imprevisíveis, instáveis, pois amplamente discricionárias. Por este motivo é que Posner afirma a existência de juízes que se reconhecem como bons, ao invés de preguiçosos ou voluntariosos. Por outro lado, em se tratando dos juízes federais, que não são eleitos, verificou-se a existência de restrições informais, com a adoção de códigos de conduta relacionados à ética, ao profissionalismo e à imparcialidade⁴¹⁰.

Estas restrições atuam no modo de agir, garantindo uma certeza sobre a expectativa dos indivíduos de que o seu direito será julgado não apenas de acordo com a lei (instituições formais), mas principalmente de forma ética, profissional e imparcial. Com efeito, de nada adiantaria a existência de instituições formais sólidas, com aplicação desvirtuada por parte dos magistrados, em virtude da inexistência de normas de comportamento aptas a coibi-los a adotar uma forma de decidir coerente e harmoniosa ao sistema considerado como um todo.

Assim, a junção das instituições formais e informais, ao reduzir as possibilidades de escolha dos agentes, permite a execução das obrigações pactuadas nos contratos (*enforcement*) de forma previsível por parte do Poder Judiciário, garantindo a estabilidade das relações. Esta previsibilidade, por sua vez, permite aos *players* anteverem as consequências de suas condutas. Não se trata, como já se consignou na seção 2, de uma previsibilidade absoluta, mas sim da formação de uma estrutura com decisões coerentes e harmoniosas, em que os casos são decididos de acordo com instituições formais aplicáveis à espécie, decidindo-se sempre casos iguais de forma igual.

Este modo de agir, que somente pode ser garantido com a atuação de instituições formais e informais, facilita as transações econômicas. Trazendo novamente à evidência as ações tributárias, os contribuintes, garantidos pela força das instituições, terão mais segurança ao planejar o seu agir, a partir do conhecimento de que existe determinada regra formal reguladora do caso, que esta regra será aplicada na forma como posta e que não retroagirá, causando efeitos surpreendentes indesejados.

Do mesmo modo, no caso brasileiro, voltando ao estudo dos casos em que são envolvidos os planos de saúde, os planos oferecidos pelas empresas privadas poderiam até ter

⁴⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 132.

⁴¹⁰ POSNER, Richard. A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010. p. 174.

um custo reduzido, se a questão referente ao dever de cobertura seguisse o que consta no contrato e as resoluções da autarquia federal competente para disciplinar a questão (ANS).

Além disso, um agir previsível coíbe os desvios de comportamento. Faz com que os indivíduos, ao terem uma compreensão prévia das consequências advindas do eventual descumprimento da avença, que deve ser, evidentemente, mais custosa do que o fiel cumprimento do pactuado, são compelidos a agir de acordo com o estabelecido. A garantia de que os contratos serão cumpridos, ou que se descumpridos, os ofensores são devidamente punidos, garantindo-se uma reparação a parte ofendida, diminui os custos de transação, estimulando a realização das trocas.

Conforme pontua Ivo Teixeira Gico Junior, pelo fato do Poder Judiciário aplicar as regras de convivência quando surge um conflito, os agentes têm condições de prever os efeitos de suas condutas, ao saber como um magistrado resolveria determinado tipo de querela. Esta previsibilidade, denominada pelo autor como segurança jurídica, “permite aos agentes saberem e negociarem *ex ante* a quem fica alocado o risco de um determinado evento ou os custos de um determinado sinistro”. Além disso e talvez, principalmente, nos casos em que não houver previsão contratual, “a previsibilidade da conduta do magistrado permite aos agentes que, na presença do evento conflituoso, emulem o resultado de um julgamento, sem precisar recorrer ao Judiciário”⁴¹¹.

5.2 SOLUÇÕES VIA QUESTÃO PRÁTICA

Assentadas as premissas teóricas acerca da importância de um Poder Judiciário previsível, apto a garantir segurança aos agentes, esta subseção é dedicada ao estudo de soluções no campo prático.

Na próxima subseção serão analisadas as características do sistema de precedentes judiciais em termos de previsibilidade e segurança jurídica e, na sequência, serão estudados seus efeitos e mecanismos de aplicação. Este estudo será contextualizado com a realidade brasileira, apontando-se as reformas necessárias para a implementação de um sistema de precedentes judiciais.

⁴¹¹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. 2012. 146 f. Tese (Doutorado em Economia Política) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=ivo_teixeira_gico_junior>. Acesso em: 13 jul. 2013. p. 26.

A segunda subseção, partindo da necessidade de que os magistrados sejam incentivados a seguir os precedentes e agir de acordo com as regras deste sistema, terá como objetivo analisar a questão afeta à responsabilidade dos magistrados, no seu viés disciplinar. Neste contexto, serão estudados os conceitos da análise econômica do direito no que se refere à racionalidade dos agentes e da possibilidade de se pensar em uma estrutura de incentivos aos magistrados, nos moldes semelhantes aos que estabelece a teoria do Agente-Principal.

5.2.1 Respeito aos precedentes judiciais

Diante do indesejável cenário que se insere o sistema de justiça brasileiro, em que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário são, em grande parte, imprevisíveis, faz-se imprescindível que, na prática, sejam criados mecanismos de aperfeiçoamento do sistema processual e do próprio Poder Judiciário.

É importante recordar que na tradição do *civil law*, buscou-se alcançar a segurança jurídica com a vinculação do magistrado ao texto da lei, em um contexto em que o Poder Judiciário era composto pela classe aristocrática, descomprometida com os valores da igualdade, fraternidade e liberdade. Diferentemente, tanto na Inglaterra, como posteriormente nos Estados Unidos, países que seguem a tradição do *common law*, os juízes desempenhavam um papel progressista em favor dos indivíduos contra abusos de poder, assim como também no processo de centralização do poder e desmantelamento do feudalismo, não existindo nestes países, qualquer receio da sociedade quando ao aspecto criativo do direito por parte dos juízes⁴¹².

Na origem da tradição do *civil law*, os cargos eram comprados e herdados, sendo usufruídos como uma propriedade particular⁴¹³. Neste regime, os magistrados constituíam um grupo que dava suporte à aristocracia rural contra os camponeses, contra os trabalhadores urbanos e contra a classe média.

Assim, com a Revolução Francesa, houve a preocupação em se desenvolver um novo direito, de acordo com as bases formuladas por Montesquieu em relação à separação dos

⁴¹² DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common law* e de *civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A Força dos Precedentes** – Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2012. p. 59.

⁴¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 51-52.

poderes. Assim, conferiu-se o poder criativo do direito apenas ao legislativo, devendo a prestação jurisdicional restringir-se à mera declaração da lei⁴¹⁴.

O ideal positivista baseou-se na suficiência da lei para a solução de conflitos e, por isso, afirmou a existência de um sistema jurídico completo (todas as respostas poderiam ser dadas pela lei) e coerente (haveria uma decisão correta para cada caso levado à Justiça), cabendo ao juiz tão somente aplicar a lei. Nesse sentido, claras as observações de Montesquieu de que:

poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as sentenças da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor⁴¹⁵.

Ocorre que, conforme destaca Luiz Guilherme Marinoni, esta tradição foi completamente descaracterizada com o passar do tempo⁴¹⁶. “O juiz, inicialmente proibido de interpretar a lei, passou a paulatinamente interpretá-la, logo caindo em desuso as comissões legislativas, instituídas para resolver dúvidas de interpretação”⁴¹⁷.

Com a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização de regras abertas, surgiu um modelo de juiz distinto daquele desejado na Revolução Francesa. Na França contemporânea, inclusive, conforme acentua Thomas da Rosa de Bustamante, é reconhecido, de modo geral, o caráter integrativo da jurisprudência no direito positivo, “quanto que a interpretação da lei é essencialmente uma atividade de criação de sentidos – e, portanto, mais um processo construtivo de significado que um ato de puro conhecimento”⁴¹⁸.

De acordo com o autor, não há qualquer dúvida que a Corte de Cassação, em certas situações, faz de sua jurisprudência uma importante fonte do Direito. Cita como exemplo a possibilidade de invocação da Corte de Cassação por uma parte do processo judicial, com fundamento na “ausência de base legal”. Este instrumento evidencia que com o transcurso do tempo, “o juiz não é mais considerado apenas a boca da lei”, assumindo para si mesmo “o dever de ajustar o Direito aos valores da sociedade”⁴¹⁹.

⁴¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 51-52.

⁴¹⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 179.

⁴¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A Força dos Precedentes** – Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2012. p. 10.

⁴¹⁷ Ibid. loc. cit.

⁴¹⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 22.

⁴¹⁹ Ibid. p. 24.

No Brasil, como se observou na seção 4, a incontroversa ocorrência do fenômeno da judicialização da política, e suas práticas derivadas, como o ativismo judicial, evidencia que a lei é correntemente interpretada de forma diversa, com decisões diversas para casos iguais.

Além disso, não há qualquer parcimônia na mudança de entendimento sobre determinado assunto, proliferando-se mudanças jurisprudenciais bruscas, com consequências desastrosas para a economia do país. Com o poder, inclusive, de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, o papel desempenhado pelo juiz brasileiro muito se aproxima daquele do juiz do *common law* norte-americano, mas com a diferença de que este último devota respeito aos precedentes⁴²⁰.

É que no caso do direito consuetudinário, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o apoio necessário para conferir segurança jurídica ao direito. Embora nos sistemas *common law* o juiz tenha mais liberdade para tomar decisões sem ater-se ao texto da lei, é um equívoco pensar que o processo decisório é discricionário. Isto porque nos sistemas de tradição do *common law* a segurança jurídica está baseada em um sistema de precedentes judiciais em que se busca, por meio de uma racionalidade própria, garantir a coerência das decisões. A limitação ao julgador, neste caso, é imposta pela vinculação aos precedentes e em geral não lhe é permitido, pelo menos de forma imotivada, contrariar decisões anteriores a respeito de determinada questão.

O que causa irresignação, contudo, é que inobstante aceita, e defendida por parte da doutrina, a expansão do protagonismo do Poder Judiciário no Brasil, não se abandonou a suposição de que nos sistemas de tradição *civil law* a lei é suficiente para conferir segurança jurídica. Marinoni destaca ser incontestável o fato de que quando a lei é interpretada de diversas formas, fazendo surgir decisões diferentes a respeito de uma mesma questão, deveria ter surgido, de forma concomitante, a consciência de que a segurança jurídica, neste cenário, somente pode ser preservada com o dever judicial de respeito aos precedentes⁴²¹.

É interessante destacar, inclusive, que mesmo na França, berço da tradição *civil law*, em virtude da ampliação do protagonismo dos julgadores no processo decisório, há um respeito aos precedentes. Bustamante afirma que a atividade judicial no contexto francês decorre de uma “elaboração intencional de princípios pragmáticos consagrados em precedentes judiciais”⁴²². A Corte de Cassação Francesa, ao decidir determinada questão jurídica, é plenamente informada acerca de todas as lacunas, conflitos, ambiguidades e

⁴²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A Força dos Precedentes** – Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2012. p. 10.

⁴²¹ Ibid. loc. cit.

⁴²² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 27.

insuficiências porventura existentes no Código. É também “minuciosamente alertada sobre os precedentes existentes acerca do tema e sobre o significado normativo que a decisão a ser tomada terá para o sistema jurídico”⁴²³.

Neste aspecto, e considerando que na atualidade há espaço de criação judicial também nos sistemas de tradição *civil law*, verifica-se que nos Estados da Europa Continental – que seguem a tradição *civil law* - que o Direito comparado mais se desenvolveu e onde a teoria dos precedentes mais soube aproveitar os ensinamentos do *common law* no que se refere à implementação de um sistema de precedentes. Isto decorre do fato de que a criação judicial do direito, seja ela interpretativa (mais frequentemente verificada nos sistemas de tradição do *civil law*) ou para suprir lacunas (precedente integrativo, verificado no *common law*) exige uma justificação e sem ela, dificilmente um Tribunal pode exigir o respeito aos seus precedentes, tendendo a perder sua própria autoridade⁴²⁴. O respeito aos precedentes, em um sistema jurídico, encontra justificação na garantia da segurança da convivência dos indivíduos em sociedade. Por isso é que o princípio da segurança jurídica, no seu viés da previsibilidade, milita em favor do respeito à aplicação dos precedentes.

Paula Pessoa Pereira afirma que “a busca da realização de uma ordem jurídica compatível com a instituição de um Estado Democrático de Direito, tem como valor moral a previsibilidade e como valores determinantes a estabilidade das decisões judiciais, a segurança jurídica e a igualdade”⁴²⁵. E prossegue afirmando que o valor moral, neste aspecto, se relaciona à proteção do valor das expectativas justificadas, sendo certo que “esta confiança justificada do jurisdicionado deve ser razoável e legítima, de acordo com a prática jurídica de seu Estado”⁴²⁶.

Neste sentido, Neil MacCormick justifica a adoção do sistema de precedentes no Estado de Direito por três razões. A primeira, consistente em uma razão de justiça, se justifica ao argumento de que se um caso envolve fatos jurídicos semelhantes e os argumentos jurídicos sustentados são os mesmos, não há motivo para que um caso futuro seja julgado de forma diferente. A segunda razão prescreve a imparcialidade do sistema jurídico, no sentido de que deve prestar a mesma justiça para todos. E a terceira, se relaciona à economia do esforço, no sentido de que não faz sentido exigir que os juízes e advogados empreendam novos esforços argumentativos para resolver uma questão jurídica que já fora objeto de

⁴²³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 28.

⁴²⁴ Ibid. p. 312-313.

⁴²⁵ PEREIRA, Paula Pessoa. O Estado de Direito e a Necessidade de Respeito aos Precedentes Judiciais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A Força dos Precedentes** – Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2012. p. 150.

⁴²⁶ Ibid. p. 151.

apreciação pelo Poder Judiciário, salvo quando se tratar de questão que revele novidade quanto aos aspectos fáticos, demandando, então, uma nova análise e eventualmente a reconsideração dos argumentos firmados no precedente⁴²⁷.

No mesmo sentido, Daniel Faber pontua como razões pelas quais qualquer julgador deveria considerar as visões de seus antecessores, primeiramente, a eficiência, no sentido de economia de tempo e de trabalho. Para o autor, reconsiderar todos os assentamentos na prática diária resulta em uma inegável paralisação. Outrossim, seria impraticável o rejugamento de questões iguais pelos juízes de primeira instância, podendo, inclusive, resultar em posicionamentos diferentes baseados em teorias constitucionais inconsistentes. Por fim, afirma que somente quando se segue a razão das decisões anteriores é que as Cortes podem fornecer diretrizes para o futuro. Na medida em que os juízes devotam respeito aos precedentes, os indivíduos têm consciência da regra a ser aplicada no futuro⁴²⁸.

Ademais, é certo que conforme já se assinalou nas seções 2 e 4, um sistema judicial marcado pela imprevisibilidade das decisões constitui sério obstáculo ao desenvolvimento econômico do país. Contribui também para a perda de credibilidade do Poder Judiciário, pelo fato de não respeitar suas próprias decisões. Na medida em que os jurisdicionados não têm condições de saber se um ato será ou não confirmado e quais são as efetivas consequências jurídicas da prática de suas condutas, não se pode conceber o Poder Judiciário como uma instituição forte, apta a regular a convivência social.

Neste sentido John Dewey assinala a necessidade indiscutível de se atribuir o máximo possível de estabilidade e regularidade das expectativas na determinação de normas de conduta. Os homens precisam saber quais as consequências jurídicas de seus atos e transações específicas por parte dos tribunais, as responsabilidades que lhes são inerentes, bem como as consequências para iniciarem um determinado curso de ação. Esta é uma exigência legítima do ponto de vista dos interesses da comunidade e dos indivíduos particulares⁴²⁹.

E esta previsibilidade está relacionada não apenas à cognoscibilidade da lei existente para regular determinado caso concreto, mas principalmente aos atos do Poder Judiciário, “na medida em que o conhecimento da norma e a uniformidade da interpretação, de nada

⁴²⁷ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 191.

⁴²⁸ FARBER, Daniel A. The Rule of Law and the Law of Precedents. **90 Minn. L. Rev.**, p. 1173-1203, 2005. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2693&context=facpubs>>. Acesso em: 2 ago. 2014.

⁴²⁹ DEWEY, John. Logical Method and Law. **10 Cornell Law Quartely**, n. 17, p. 17-27, 1914/1925. p. 24-25.

adiantariam caso o jurisdicionado não pudesse contar com decisões previsíveis”⁴³⁰. A previsibilidade que se invoca neste estudo é aquela referente à interpretação e aplicação, pelo Poder Judiciário, das normas positivadas no ordenamento jurídico, não bastando o conhecimento das regras e princípios estabelecidos pela Constituição, pelos Códigos e pelas Leis. Nas palavras de Marinoni, “um sistema incapaz de garantir a previsibilidade, assim, não permite que o cidadão tome consciência dos seus direitos, impedindo a concretização da cidadania”⁴³¹.

Os juízes precisam se conscientizar de que os comportamentos dos indivíduos são balizados em decisões judiciais, de forma que “as mutações jurisprudenciais ensejam instabilidade perante aqueles que necessitam da Justiça e que acompanham os pronunciamentos judiciais”⁴³².

Um sistema de justiça instável prejudica o profissional do Direito, que não possui segurança ao aconselhar o seu cliente e, principalmente, e talvez ainda mais importante, no meio acadêmico, ou seja, no seio de formação dos futuros operadores do direito, porquanto os tribunais podem expressar entendimento diferente sobre o assunto. Do mesmo modo, prejudica o cidadão comum, que não consegue prever os efeitos de suas condutas diante da ausência de uniformidade de tratamento a questões assemelhadas. Ainda, um Poder Judiciário instável promove a descrença e a suspeita, ao conferir um tratamento anti-isonômico⁴³³.

Por estes motivos é que se defende a adoção e o devido respeito ao sistema de precedentes no Brasil. Não se trata, evidentemente, de instaurar o engessamento do Direito e das decisões judiciais, mas sim de basilar de forma coerente a forma com que são proferidas as decisões, considerando o seu contexto e, principalmente, a existência, ou não, de precedentes judiciais sobre a questão discutida no caso concreto.

É, neste contexto, muito comum a vinculação da ideia de segurança jurídica com o engessamento do Direito. Este argumento, contudo, é falacioso, na medida em que despreza a capacidade, seja do Direito legislado, seja do Direito judicado, de promover, sem surpresas e de forma paulatina (conforme se defendeu na seção 4 deste estudo) um ajuste das normas às transformações sociais.

⁴³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A Força dos Precedentes** – Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2012. p. 561.

⁴³¹ Ibid. p. 565.

⁴³² LIMA, Thiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 165.

⁴³³ Ibid. loc. cit.

Do mesmo modo, não se propõe o cerceamento da liberdade de julgar do juiz. Esta, por seu turno, permanece e deve permanecer inabalável, haja vista que os fatos podem induzir a resultados diversos, mas a aplicação da regra de direito deve ser igual para todos⁴³⁴.

Quando se trata de precedente vinculante, supõe-se a adoção de regra jurídica coerente que deve ser observada pelos tribunais em casos semelhantes, a fim de se evitar a loteria judiciária, em que demandas jurídicas semelhantes recebem de forma diversa a tutela jurisdicional. Entretanto, não se sustenta que a uniformidade das decisões implica a eliminação da capacidade dos tribunais em fazer escolhas diferentes em circunstâncias semelhantes, quando presente necessidades que reflitam diferentes preferências em razão da diversidade e do pluralismo⁴³⁵.

Evidentemente, o princípio da uniformidade das decisões em alguns casos não é desejável, porquanto as particularidades do caso concreto não o aceitam, o que requer uma nova decisão que leve em consideração estas diferenças. E esta diferenciação, ao contrário do que se poderia supor, é a desejável. Entretanto, para tanto, competirá ao Tribunal fazer uso de um maior esforço argumentativo a fim de demonstrar a particularidade presente no caso e o afastamento da aplicação do precedente existente no caso concreto. “O que não pode, e não é aceitável, é a marginalização do precedente quando o caso apresenta os mesmos fatos e os mesmos argumentos de direito”⁴³⁶.

Segundo a doutrina de Robert Alexy e Ralf Drier o afastamento da disposição de um precedente exige a argumentação, vale dizer, a exposição das razões que justificam a adesão ou o afastamento da autoridade de um precedente judicial⁴³⁷.

Uniformizar “não se confunde com estagnação ou imobilização das regras jurídicas, tampouco com autoritarismo. Não se trata de decisão irrefletida, adotada de cima para baixo. Deve resultar de múltiplos raciocínios” a fim de evidenciar, de forma fundamentada, a adoção ou o afastamento da regra (*ratio decidendi*) trazida pelo precedente. A objetividade do Direito não pode ser sobreposta pela subjetividade do julgador. Este deve se desprender de vaidades, curvando-se ao entendimento de uma maioria tão qualificada e experimentada quanto ele⁴³⁸.

Esta uniformidade deve ser verificada tanto em uma linha vertical, decorrente da organização hierárquica do Poder Judiciário em instâncias, e pela qual os órgãos jurisdicionais

⁴³⁴ PEREIRA, Paula Pessoa. O Estado de Direito e a Necessidade de Respeito aos Precedentes Judiciais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A Força dos Precedentes** – Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2012. p. 151.

⁴³⁵ Ibid. loc. cit.

⁴³⁶ Ibid. loc. cit.

⁴³⁷ ALEXY, Robert; DRIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting Precedents** – A Comparative Study. Surrey: Ashgate, 1997. p. 30.

⁴³⁸ LIMA, Thiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 140.

inferiores devem devoção às decisões proferidas pelos superiores, sendo atribuído a estes o poder de revisão dos primeiros, como também uma linha horizontal.

Este respeito implica uma obrigação de consideração, reflexão cautelosa e deferência para o fato de que outros juízes inteligentes e refletidos apreciaram o caso anteriormente com o cuidado de expressar as razões de seus convencimentos. Daniel A. Farber afirma que a devoção de respeito aos precedentes poderia implicar simplesmente atribuir as decisões das Cortes Superiores respeito, consideração e deferência, até mesmo em casos de dúvida ou incerteza⁴³⁹.

A uniformidade na linha horizontal depende da vertical, pois de nada vale se buscar aplicação da jurisprudência de tribunais de mesma hierarquia se esse entendimento não encontrar respaldo nos tribunais superiores, que interpretam de forma distinta a mesma regra jurídica. Do mesmo modo, os órgãos julgadores de um tribunal devem atentar-se para sua jurisprudência interna. A ausência de conformidade, neste sentido, constitui motivo determinante para unificação do entendimento jurisprudencial do Tribunal. Ademais, a jurisprudência deve refletir o entendimento da corte, e não de um ou outro órgão interno, de forma isolada.

O precedente deve ser tido como um norte para o julgador, na medida em que se traduzem em enunciados legislativos, textos dotados de autoridade, mas que carecem de interpretação. Podem ser limitados ou estendidos, conforme as necessidades de cada caso concreto, comprovando-se a assertiva de que o respeito aos precedentes não implica cerceamento do livre convencimento do magistrado, que atua expressando sua convicção quando diante da necessidade de limitar ou estender a *ratio decidendi* do precedente judicial.

É por isso que a Suprema Corte dos Estados Unidos apenas aceita os casos que lhe permitem guiar a evolução do Direito em domínios de importância nacional. Considera, neste aspecto, problemas relacionados às liberdades públicas, à interpretação das leis de regulamentação econômica ou de proteção aos consumidores e ao meio ambiente⁴⁴⁰.

O que se aproveita do precedente (*stare decisis*) é a *ratio decidendi*, ou seja, os fundamentos da decisão; os princípios da lei na qual se baseia aquela decisão. Quando o juiz decide um caso, expõe os fatos que segundo seu entendimento, tenham sido devidamente provados. Na sequência, aplica a lei àqueles fatos e chega a uma decisão. É a proposição da

⁴³⁹ FARBER, Daniel A. The Rule of Law and the Law of Precedents. **90 Minn. L. Rev.**, p. 1173-1203, 2005. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2693&context=facpubs>>. Acesso em: 2 ago. 2014.

⁴⁴⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 318.

lei aplicada àquele caso que tem a autoridade de precedente e que, sobre este aspecto, vincula posteriormente os Tribunais⁴⁴¹.

Neil MacCormick afirma que é a *ratio decidendi* de uma decisão o elemento vinculante em um precedente. É a regra ou princípio da decisão que atribui ao precedente a fonte autorizada para que seja vinculante ou apenas persuasivo em determinado grau, para julgamentos posteriores sobre questões similares⁴⁴².

A *obiter dictum*, de outro lado, são os fatos e especulações feitas pelo julgador em sua decisão, que não são considerados quando da aplicação de um precedente judicial. É identificada por exclusão: todas as normas e afirmações que não puderem ser enquadradas no conceito de *ratio decidendi*, constituem a *obiter dictum*, valendo apenas pela força de convencimento que eventualmente possam vir a ter.

Esta diferenciação entre a *ratio decidendi* e a *obiter dictum* é de fundamental importância para o sistema de *stare decisis*, na medida em que permite revelar o precedente jurídico que será utilizado para a solução de casos novos⁴⁴³.

Para garantir o tratamento equânime dos jurisdicionados faz-se mister identificar o que efetivamente em uma ação faz com que se assemelhe a outra ao ponto de justificar o uso ou abandono de um precedente. Sob esta ótica, os precedentes judiciais mostram-se fundamentais, especialmente quando o intérprete/aplicador do Direito tem consciência da autoridade e força que devem ser dispensadas aos julgamentos pretéritos, “extraíndo e avaliando os principais aspectos de cada decisão, desde o exame do princípio jurídico encartado na decisão e a potencialidade do *decisium* até a qualificação da corte julgadora e dos argumentos nele exarados”⁴⁴⁴.

Tecidas estas considerações, é de crucial importância saber aplicar o precedente, identificando-o como algo que “ao mesmo tempo em que orienta as pessoas e obriga os juízes, não imobiliza as relações sociais ou impede a jurisdição de produzir um direito consentâneo com a realidade e com os novos tempos”⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edward N. Zalta (Ed.), spring 2014. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em: 30 out. 014.

⁴⁴² MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 9.

⁴⁴³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 48.

⁴⁴⁴ LIMA, Thiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 151.

⁴⁴⁵ PEREIRA, Paula Pessoa. O Estado de Direito e a Necessidade de Respeito aos Precedentes Judiciais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A Força dos Precedentes – Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2012. p. 153.

Neste aspecto, a Ministra Isabel Gallotti, do Superior Tribunal de Justiça, afirma que em virtude da aplicação do art. 557, do Código de Processo Civil o uso dos precedentes deve ocorrer com muita cautela, haja vista que este permissivo legal pode, diante da aplicação incorreta de um precedente, impedir que questões relevantes cheguem à apreciação do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal⁴⁴⁶.

A efetividade e a tempestividade da prestação jurisdicional, bem como as vantagens verificadas na adoção de um sistema de precedentes, não podem servir para justificar equívocos. O dever de cautela no ato de equiparação de demandas, a fim de que não haja a inclusão ou exclusão do grupo de assuntos que estão sendo resolvidos pelas técnicas afetas aos precedentes judiciais, de relação jurídica não coincidente com a que ensejou a formação do precedente. Por isso é que, de acordo com Thiago Asfor Rocha Lima, “a escorreita interpretação de um julgamento é medida indispensável num sistema que pretende emprestar força vinculante ou simplesmente persuasiva à decisões pretéritas”⁴⁴⁷.

Assim, ao mesmo tempo em que a adoção de um sistema de precedentes pode conduzir a significativas melhoras na promoção de valores como o da segurança jurídica, da previsibilidade das decisões judiciais, da uniformidade quanto à aplicação do direito e do trato isonômico entre os cidadãos, contribuindo para a credibilidade do Poder Judiciário, pode também, se utilizado de forma imprudente, trazer prejuízos à evolução do Direito e, principalmente, ao dever de satisfazer com justiça as pretensões deduzidas pela sociedade.

Desta forma, a variação jurisprudencial sobre um tema só pode ser admitida e considerada benigna quando a interpretação da norma não tiver alcançado a maturidade suficiente nas cortes de uniformização. Até este momento, dificilmente se pode falar em tratamento anti-isonômico das questões. Contudo, a partir do momento em que a tese jurídica alcança força de precedente, o desrespeito tanto na linha vertical, como também na horizontal, representa ato atentatório à segurança, isonomia e estabilidade das relações sociais, afetando, por consectário lógico, a credibilidade do Poder Judiciário como instituição imprescindível a garantir o equilíbrio do convívio humano. Afinal, “é impossível imaginar-se um regime democrático no qual a sociedade não tenha o mínimo de previsibilidade dos comportamentos oriundos do Estado”⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ Entrevista pessoal realizada em 01/10/2014, às 16h, no Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF, sobre o projeto de pesquisa aprovado pelo CNPQ na Chamada MCTI/CNPQ/MEC/CAPES nº 43/13, proposto pela Prof.^a Marcia Carla Pereira Ribeiro, com o título “Eficiência do acesso à justiça como fator de desenvolvimento: a instabilidade das decisões judiciais” (Processo: 404868/2013-4).

⁴⁴⁷ LIMA, Thiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 56.

⁴⁴⁸ Ibid. p. 159; 165; 437.

É, portanto, fundamental que se estabeleça adequadamente o processo de estabilização de uma tese jurídica, para que se possa adotar um sistema de precedentes. É preciso compreender o modo como se forma no sistema jurídico um entendimento sobre um dado tema, detectando-se em cada julgamento o que efetivamente foi enfrentado e decidido pelas cortes (*ratio decidendi*) e aquilo que foi examinado apenas de forma superficial pelos integrantes do tribunal (*obiter dictum*).

No sistema anglo saxão, por exemplo, o juiz ao apreciar um caso novo deverá pesquisar sobre a existência de pronunciamento judicial anterior sobre o mesmo tema e, constatada a existência, deverá realizar um processo de decomposição do precedente. Este processo tem como objetivo o de separar a *ratio* da decisão das considerações periféricas, ou seja, da *obiter dictum*⁴⁴⁹. Este processo exige uma análise aprofundada do precedente, ou seja, uma leitura da sua íntegra.

Na sequência, deve o juiz verificar se o precedente é atual ou não, se foi reformado pela instância superior ou não, se é pacífico na corte e nos demais tribunais de mesma hierarquia e que lhe são superiores, se a *ratio decidendi* pode ou não ser aplicada no caso presente e, por fim, se existem razões para reexaminá-lo à luz de uma nova ordem jurídica, econômica, social, política ou cultural que sobreveio a uma anterior, por exemplo⁴⁵⁰.

Não é suficiente em um sistema que devota respeito aos precedentes, a mera transcrição da ementa da decisão, tal como é feito no Brasil. A tarefa interpretativa é complexa e exige um domínio da técnica, para que se possa compreender o real sentido e alcance da *ratio decidendi*.

Um sistema de precedentes deve ser coeso, operar com lógica, de acordo com técnicas previamente estabelecidas, além de promover orientações jurídicas e assegurar legítimas expectativas aos jurisdicionados. A implementação de um sistema de precedentes tem como condicionante a previsibilidade das decisões judiciais e de que elas sejam proferidas considerando o sistema como um todo. Somente assim é possível se falar em um sistema de precedentes judiciais no Brasil que possa ser eficiente e respeitado pela sociedade.

Outro aspecto importantíssimo que se pode destacar no que se refere às bases necessárias para a aplicação correta dos precedentes no contexto brasileiro, é o atinente à formação técnica do operador do Direito, para lidar com um sistema de precedentes. Os currículos acadêmicos dos cursos jurídicos não foram, em linhas gerais, organizados para

⁴⁴⁹ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 559.

⁴⁵⁰ LIMA, Thiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 440.

transmitir aos estudantes do Curso de Direito as noções básicas de um sistema de precedentes. Os estudantes de direito colam grau sem a devida introdução de conceitos como *stare decisis*, *ratio decidendi* e *obiter dictum* bem como sobre outros conceitos gerais sobre a aplicação de um sistema de precedentes⁴⁵¹.

É evidente que uma mudança desta profundidade exige adaptações na base nacional do sistema de ensino jurídico das universidades, fazendo-se necessária a inclusão de uma disciplina obrigatória sobre o sistema de precedentes judiciais. Do mesmo modo, faz-se necessário um curso de atualização para todos os operadores do direito já graduados, a saber, os advogados, magistrados, membros do Ministério Público e serventuários da justiça⁴⁵².

A implantação de um sistema de precedentes no Brasil tem, como visto, a potencialidade de conduzir a uma considerável melhoria no acesso à justiça. Não bastasse a garantia de valores de fundamental importância como o da segurança jurídica, desdobrado na previsibilidade, estabilidade e cognoscibilidade, e da isonomia, promover um acesso eficiente à justiça, satisfazendo às exigências de um Estado de Direito.

O respeito aos precedentes pode reduzir a quantidade de recursos dos jurisdicionados sucumbentes, na medida em que ao conhecerem a jurisprudência do tribunal *ad quem*, e tendo sido a decisão proferida com apoio neste entendimento, será desestimulada a recorrer, entregando uma prestação jurisdicional eficiente à parte vencedora.

Ademais, a consolidação de entendimentos desestimula aqueles litigantes que eram motivados pela justiça lotérica, reduzindo a quantidade de demandas infundadas e sem perspectivas concretas. Permanece, neste cenário, apenas a racionalidade do litigante dworkiano, assim classificado por Luciano Timm (vide seção 3, deste estudo), que de fato teve um direito ferido ou ameaçado e merece uma satisfação.

Com a redução de novas ações, há uma desobstrução dos canais de acesso à justiça, permitindo que as causas que versem sobre direitos de fato ameaçados ou lesados, sejam examinadas com mais cuidado e em menor tempo. Isso possibilita que a intervenção judicial ocorra em tempo razoável. Além disso, tem o condão de promover uma melhora na qualidade da prestação jurisdicional. Em virtude do abarrotamento do Poder Judiciário, consolidou-se o entendimento de que o magistrado não é obrigado a responder item por item do que foi articulado pelas partes. Contudo, a solução mais rápida de demandas não exime a que todos os

⁴⁵¹ LIMA, Thiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57.

⁴⁵² Ibid. p. 446.

argumentos das partes sejam fundamentadamente enfrentados, evidenciando os motivos que levaram à conclusão jurídica com o cumprimento do dever de fundamentar⁴⁵³.

Contudo, simples mudanças legislativas são incapazes, por si, de promover as alterações necessárias para que o Direito brasileiro passe a operar com o sistema de precedentes. Há necessidade de mudança do comportamento dos magistrados e dos operadores do Direito. Os primeiros devem compreender que suas decisões precisam ser dotadas de previsibilidade e estabilidade para que sejam aptas a transmitir segurança aos jurisdicionados. Precisam entender, outrossim, os efeitos econômicos de suas decisões judiciais. Esta mudança de conduta fornece a estrutura de incentivos necessária a impedir o desrespeito aos contratos e o descumprimento das obrigações, assim como o uso instrumental da justiça. A sociedade jurídica, por seu turno, deve compreender que o uso instrumental da justiça, com demandas infundadas e fins protelatórios traz consideráveis prejuízos ao acesso à justiça. Este deve ser reservado aos casos em que de fato houve ameaça ou violação de um direito.

5.2.2 Mecanismos de vinculação dos magistrados

Para atribuir eficiência ao modelo dos precedentes, faz-se necessária a criação de mecanismos de vinculação dos magistrados, no sentido de fazê-los seguir estes precedentes. É que não basta a implementação de um sistema de precedentes, sem que existam mecanismos de vinculação dos magistrados para que estes precedentes sejam seguidos. A orientação deve vir do topo da pirâmide, regulando as decisões no âmbito dos Tribunais Federais e Estaduais e, principalmente, dos juízes de primeiro grau e deve ser seguida, sob pena de aplicações de sanções aos magistrados. E daí falar-se em responsabilidade dos juízes.

É neste contexto que se insere o modelo *responsive law*, ou seja, do direito condizente com as necessidades e solicitações da sociedade, ou contextualizando com o presente estudo, dos litigantes considerados dworkianos.

Mauro Cappelletti, preocupado com o sistema de justiça italiano, desenvolveu uma teoria crítica ao problema de responsabilidade dos juízes. Afirmou, à época do estudo, que pelo fato do sistema de justiça italiano estar carente de profissionalismo e responsabilidade, fazia-se necessária a aplicação dos estudos de Nonet e Selznick no que se refere ao modelo do

⁴⁵³ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 580.

responsive law. No contexto italiano da década de 90, o sistema de controle dentro da categoria dos magistrados não apresentava resultados positivos, por se tratar de um sistema hierárquico e corporativo. O sistema de responsabilidade controle por parte do Executivo, por sua vez, já havia sido abolido em 1946 e não fora posteriormente reconstituído, surgindo uma patente necessidade de responsabilizar o juiz e a magistratura, embora com respeito a sua imprescindível independência⁴⁵⁴.

Na opinião de Cappelletti, o modelo *responsive* é o que se esforça em realizar o equilíbrio entre independência e responsabilidade-controle social, com o fim de evitar, ao mesmo tempo, a sujeição e igualmente, o fechamento e o isolamento da magistratura.

Responsabilidade judicial pode significar tanto o poder dos juízes (ou um dever: o de exercer a função pública de julgar) como também o seu dever de prestação de contas (*accountability*) no exercício desta responsabilidade⁴⁵⁵. A prestação de contas por parte do juiz, com a possibilidade de responsabilização sempre que seja descumprido um dever jurídico, acaba por auxiliar como ponto de legitimação de um poder que não foi conferido de forma direta e nem por representantes eleitos, nos termos do art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal⁴⁵⁶.

Pelo fato do exercício desta função ser disciplinado por regras e princípios, escritos ou não, é óbvia a consequência de uma responsabilidade ulterior de sujeição a sanções, daqueles magistrados que, em tal exercício, violem essas regras ou princípios, e ainda, daqueles comprometidas com uma responsabilidade substitutiva, para o caso de tal violação.

Trazendo esta assertiva para o contexto do presente estudo, verifica-se que os juízes têm um dever de julgar de forma a transmitir aos jurisdicionados segurança.

Devem fazê-lo, na forma como proposta, em respeito aos precedentes, justificando seu uso e também o seu afastamento por meio da fundamentação das suas decisões, seguindo códigos de conduta e princípios éticos inerentes à magistratura. Este modo de agir encontra-se condicionado por regras e princípios escritos (instituições formais) e não escritos (instituições informais). Ambas, atuando em conjunto, se traduzem no *enforcement* necessário ao cumprimento dos contratos.

⁴⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução e Revisão Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 10-12.

⁴⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 151-159, maio/ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a08v1851.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2014. p. 156.

⁴⁵⁶ ARRUDA, Kátia Magalhães. Responsabilidade do juiz e a garantia da independência. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 133, p. 165-171, jan./mar. 1997. p. 170.

Os juízes exercitam um poder e, onde há poder, há responsabilidade quando no contexto de uma sociedade organizada racionalmente, devendo haver uma relação proporcional entre poder e responsabilidade. Conforme pondera Fabio Konder Comparato, o corolário do poder de um ente público é a necessária correlação existente com a responsabilidade, de modo que “quanto maior o poder, mais a responsabilidade, entendida esta como o dever que incumbe ao detentor do poder, em nome de outrem, de responder pela forma como o exerce”⁴⁵⁷.

Como visto na seção 4, o poder do magistrado se expandiu consideravelmente com a judicialização política, tornando a prática ativista frequente e desejada, principalmente no contexto dos direitos fundamentais sociais. A emergência no curso do nosso século, certamente não sem tensões, crises e controvérsias, do *Welfare State*, caracterizou uma expansão sem precedentes da competência e assim dos poderes do Poder Judiciário⁴⁵⁸. A responsabilidade, por seu turno, permaneceu inalterada.

Conforme salienta Cappelletti, “o poder, é bem sabido, frequentemente cresce sem o correspondente crescimento da responsabilidade”, mas “um poder não sujeito a prestar contas representa a patologia”, o que na “ciência política pode se rotular como um autoritarismo e, na sua expressão extrema, de tirania”. Um poder, sem a devida e proporcional responsabilidade, é incompatível com um sistema democrático⁴⁵⁹. Desta forma, admitindo-se a expansão da responsabilidade do Poder Judiciário no sentido de dever de julgar, a responsabilidade no dever de prestar contas deve, inexoravelmente, lhe ser correlata.

No mesmo sentido, Kátia Arruda afirma que sendo o juiz independente, com objetivo de cumprir a lei e assegurar a justiça, deve o mesmo ser responsabilizado quando agir de forma a usurpar a legitimidade que lhe foi conferida pela Constituição Federal. Segundo a magistrada, “a independência deve ser exercida com responsabilidade” sendo os conceitos complementares. Esta é a ideia central do sistema democrático, que aparece sob a fórmula de “*checks and balances*”, pois “o poder descontrolado gera a degeneração e igualmente os controladores não podem ser irresponsáveis no exercício de tal poder”⁴⁶⁰.

Para tanto, Mauro Cappelletti faz uma síntese de quatro tipos de responsabilidade: política, social, jurídica do Estado (substitutiva) e jurídica (pessoal do juiz). A que interessa

⁴⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 151-159, maio/ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a08v1851.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

⁴⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução e Revisão Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 21.

⁴⁵⁹ Ibid. p. 18; 22.

⁴⁶⁰ ARRUDA, Kátia Magalhães. Responsabilidade do juiz e a garantia da independência. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 133, p. 165-171, jan./mar. 1997. p. 170.

ao presente estudo, é a jurídica, pessoal do juiz, que pode ser subdividida em penal, civil ou disciplinar. Dentre as subdivisões da responsabilidade pessoal do juiz, merece destaque a disciplinar, “que tem como finalidade primária assegurar, com uma variedade de sanções disciplinares, que vão da censura, a perda da antiguidade ou da remuneração, à transferência ou aposentadoria forçada, à remoção, etc.,” que os juízes no exercício de sua função, se bem que de tipo especial, observem os deveres do seu ofício, deveres, pois tipicamente de direito público perante o Estado e a sociedade em geral⁴⁶¹.

De acordo com este autor a responsabilidade disciplinar sofreu dois tipos de degeneração, dependendo do sistema adotado. O primeiro concentra o controle nas mãos do Executivo, fazendo esta responsabilidade se identificar com a política. O segundo, ao cair nas próprias mãos da magistratura, trata-se de instrumento de controle puramente corporativo, isolado da sociedade e, portanto, não atende à sua finalidade. E prossegue afirmando que o impacto da responsabilidade disciplinar e sua necessidade varia de país a país. Ao final de seu estudo, conclui que o papel criativo dos juízes na evolução do direito faz com que o sistema adequado de responsabilidade deva ser baseado em instrumentos dirigidos a tornar o Poder Judiciário mais aberto, social e politicamente mais responsabilizada⁴⁶². Trata-se da legitimação decorrente da boa governança e da *accountability*.

Claudia Maria Barbosa, sobre a matéria, afirma que esta boa governança, seria uma administração pública mais aberta, transparente e *accountable*. A *accountability*, por sua vez, seria um meio diferente de se prevenir o abuso do poder político, o que implicaria na sujeição do poder às ameaças das sanções, obrigando-o a agir de forma transparente, justificando seus atos. E prossegue afirmando que “[...] o Judiciário que responde ao critério de boa governança e da *accountability* terá sua legitimidade aferida na proporção direta em que se torna mais democrático, acessível, transparente, responsável, fiscalizado e socioambientalmente responsável”⁴⁶³.

No mesmo sentido, Ivo Teixeira Gico Junior afirma que a individualização da condução do processo permite a avaliação do desempenho do magistrado, e a publicação

⁴⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução e Revisão Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 71.

⁴⁶² Ibid. p. 73; 86.

⁴⁶³ BARBOSA, Claudia. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARRETO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano. **Direito da sociedade policontextual**. Curitiba: Appris, 2013. p. 186.

deste desempenho gera transparência e responsabilidade, características que são consideradas fundamentais em qualquer sistema democrático⁴⁶⁴.

Reivindicando um papel conjunto das responsabilidades assentadas no estudo, Cappelletti propõe um modelo de responsabilidade social, que procura combinar razoável medida da responsabilidade política e social, com a jurídica em todos os seus subtipos, evitando, de um lado, “subordinar os juízes a partidos políticos e outras organizações sociais e também a ações vexatórias de litigantes irritados, iludindo, porém de outro lado, o isolamento corporativo da magistratura”. É, na opinião do autor, uma tentativa de encontrar o ponto de equilíbrio entre dois valores potencialmente conflitantes: a independência e a responsabilidade⁴⁶⁵.

Diante do contexto apresentado neste estudo, parece extremamente necessário que conjuntamente a implementação do sistema de precedentes, deve ser implementado um sistema de responsabilidade dos magistrados (restrições formais), que aliado às regras formais e aos códigos de conduta e deveres da magistratura (restrições informais), fizesse com que as decisões proferidas no topo da hierarquia do Poder Judiciário, fossem respeitadas dentro da própria corte e pelas instâncias inferiores. De nada adianta um sistema coeso, harmonioso, previsível e seguro, se os magistrados, peças de fundamental importância que o integram, não possuem a conscientização necessária a atingir esta finalidade.

A adoção de códigos de conduta relacionados à ética da magistratura, ao profissionalismo e à imparcialidade é importantíssima para atribuir eficácia às instituições formais (sanções disciplinares). As restrições informais atuam como restrições sociais, no sentido de coibir os magistrados a decidir contrariamente ao que estabelece o sistema legal.

No caso, optando-se pela implementação de um sistema de precedentes, aquele juiz que não seguir um precedente existente e aplicável ou que seguir um precedente de forma equivocada, sem a devida justificação, se sujeitará às sanções disciplinares aplicáveis ao caso (instituições formais).

Vale reiterar que não se trata de um mecanismo para cercear a liberdade do julgador, mas apenas de assegurar sua liberdade nos limites traçados pelo ordenamento jurídico. Conforme acentua, inclusive, o Desembargador do Tribunal Regional Federal da 4ª Região,

⁴⁶⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. 2012. 146 f. Tese (Doutorado em Economia Política) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=ivo_teixeira_gico_junior>. Acesso em: 13 jul. 2013. p. 129.

⁴⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução e Revisão Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 90.

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz “a disciplina da magistratura, padronizada e efetiva, em todas as suas graduações, é elemento assegurador, por excelência, da boa administração da justiça, do proveitoso rendimento de sua atividade” e que “com ressalva do processo disciplinar, nenhum outro remédio jurídico existe para obviar aos desacertos próprios do homem que vive no juiz”⁴⁶⁶.

Ivo Teixeira Gico Junior, ao analisar a Suprema Corte japonesa, a *SaikoSaibansho*, afirma ser conhecida como a mais conservadora Corte Suprema do mundo, mas no sentido político, tendo em vista que a política japonesa tem sido dominada por um único partido conservador, que estabelece uma interação estratégica entre o Poder Judiciário, o Poder Executivo (O Gabinete – Capítulo V da Constituição do Japão) e o Poder Legislativo (A Dieta – Capítulo IV da Constituição do Japão)⁴⁶⁷. Neste sistema, dificilmente há a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos de lei e, principalmente, de artigos da constituição, estando posicionada, juntamente com a Holanda, como os sistemas jurídicos como o melhor desempenho do mundo. É importante destacar, neste contexto, que desde a sua criação em 1947, a *SaikoSaibansho* declarou inconstitucional apenas oito leis⁴⁶⁸.

Em que pese o conservadorismo político, a Constituição Japonesa estabelece que todos os juízes deverão ser independentes no exercício de sua consciência, mas desde que atados à Constituição e às leis, conforme art. 76, parágrafo único, da Constituição do Japão. J. Mark Ramseyer e Minoru Nazakato afirmam que os juízes das cortes japonesas normalmente desempenham um papel mais ativo do que no *common law* norte-americano, por exemplo, haja vista que não estão obrigados a reservar questões de fato para o júri, podendo, se assim desejarem, controlar o caso, exigindo a apresentação de documentos, a oitiva de testemunhas, bem como nomear peritos e determinar perícias e abrir novas linhas de questionamentos. Afirmam que os magistrados transformaram esta prerrogativa em algo semelhante a um dever, e que nos termos do *common law* japonês, um juiz que falha na sua função esclarecedora, pode cometer grave equívoco⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. O Conselho Nacional da Justiça e a Administração do Poder Judiciário. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, ed. 9, 2005. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao009/carlens_lenz.htm>. Acesso em: 23 set. 2014.

⁴⁶⁷ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. 2012. 146 f. Tese (Doutorado em Economia Política) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=ivo_teixeira_gico_junior>. Acesso em: 13 jul. 2013. p. 73.

⁴⁶⁸ Ibid. loc. cit.

⁴⁶⁹ RAMSEYER, J. Mark; NAZAKATO, Minoru. **Japanese law: an economic approach**. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p. 142.

No mesmo sentido, John O. Haley pontua que os juízes japoneses desfrutam de um maior grau de independência da intrusão política do que em qualquer outra democracia industrial, tanto no que diz respeito a casos individuais, como também em relação à composição do Poder Judiciário, até mesmo, ao nível da Suprema Corte⁴⁷⁰.

Outrossim, concentra todo o poder à Suprema Corte, que além do poder de julgar é dotada também do poder legislativo (art. 77, da Constituição do Japão), sendo a corte de último recurso com poder de determinar a constitucionalidade de qualquer lei, ordem, regulamentação ou ato oficial (art. 81, da Constituição do Japão)⁴⁷¹.

É interessante notar que conforme destacam J. Mark Ramseyer e Minoru Nazakato, as cortes japonesas jamais enfrentaram qualquer problema atinente à escolha de uma legislação federal sobre a estadual, ou vice-versa, pelo fato de que não existem cortes locais para fazer leis locais. No cenário japonês, todos os casos são submetidos a uma única lei nacional e por isso todas as leis estatutárias e reguladoras nacionais têm importância. Afirmam que no contexto doméstico, não se enfrentam problemas atinentes à escolha de uma ou outra lei ou competência⁴⁷². Do mesmo modo, em virtude de ser tratar de um sistema unitário com a concentração na Suprema Corte, afirmam os autores que a Constituição Japonesa reprime radicalmente discricionariedade judicial⁴⁷³. E no mesmo sentido, John O. Haley afirma que a Suprema Corte do Japão não exercita discricionariedade significativa em seus enunciados⁴⁷⁴.

Um fator de substancial importância para garantir a manutenção desta unidade e do respeito à legislação e ao modo de julgar, por parte dos magistrados, decorre do dever de integridade que lhes deve ser inerente. Após passarem por um processo extremamente rígido de formação, os magistrados têm um dever de integridade que é controlado por um sistema de responsabilidade disciplinar⁴⁷⁵.

Este sistema, de acordo com John O. Haley, tem como finalidade prever as hipóteses e os procedimentos adequados para exigir disciplina e, se for o caso, a remoção do magistrado. Qualquer pessoa pode iniciar um procedimento contra um juiz mas, assim que iniciado, são

⁴⁷⁰ HALEY, John O. The Japanese Judiciary – Maintaining Integrity, Autonomy, and the Public Trust. In: FOOTE, Daniel H. (Ed.). **Law in Japan – A Turning Point**. Seattle. Washington: University of Washington Press, 2007. p. 114.

⁴⁷¹ JAPÃO. **A Constituição do Japão**. Promulgado em: 03/11/1946. Aplicado em: 03/05/1947. Disponível em: <<http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

⁴⁷² RAMSEYER, J. Mark; NAZAKATO, Minoru. **Japanese law: an economic approach**. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p. 139.

⁴⁷³ Ibid. p. 5.

⁴⁷⁴ HALEY, John O. op. cit. p. 105.

⁴⁷⁵ Ibid. p. 99.

formados, no caso de *impeachment* e remoção, um Comitê especial de juízes para analisar o caso⁴⁷⁶.

Afirma o autor que o número de petições de investigação é relativamente alto, sendo que em 2000 o Comitê analisou cerca de 493 queixas, mas que entre os anos de 1948 e 2002 apenas quatro juízes sofreram *impeachment* e foram afastados do caso. Dois envolvendo escândalos sexuais, um deles em virtude de conduta inidônea de ofensa ao Poder Público e o último pelo fato de um juiz ter recebido benefícios de ordem pecuniária em troca de um favor no julgamento⁴⁷⁷.

Como resultado de toda esta conjuntura, tem-se que os juízes de carreira, como membros de uma burocracia unida, estão sujeitos a um sistema institucional de controle formal e informal entre seus pares, e que qualquer juiz culpado pela prática de má-conduta será prontamente sujeito a várias sanções institucionais e, geralmente, pode ser eficazmente incentivado a se demitir. Seja qual for a causa, a corrupção judicial é simplesmente inédita no Japão⁴⁷⁸.

Seguindo esta conclusão, Ivo Teixeira Gico Junior afirma que na estrutura judiciária japonesa existem inúmeros mecanismos formais e informais de coordenação entre as instâncias superiores e as instâncias inferiores, que incluem: a formação jurídica dos magistrados, a política de recrutamento, as regras de promoção, o processo de seleção dos Ministros da Corte, as limitações de recursos e a concentração de poder nas mãos do Ministro-Presidente da *SaikoSaibansho*⁴⁷⁹.

Todos estes mecanismos contribuem para que os juízes japoneses sejam reconhecidos mundialmente pela sua honestidade, independência política e competência profissional. Organizados numa burocracia nacional autônoma e autorregulada, os juízes constituem uma elite de profissionais que gozam, não sem razão, de um nível extraordinário de confiança pública⁴⁸⁰.

Ademais, apoiado em uma abordagem jurisprudencial que promove certeza e consistência, o Poder Judiciário Japonês pode ainda ser considerado um pouco conservador,

⁴⁷⁶ HALEY, John O. The Japanese Judiciary – Maintaining Integrity, Autonomy, and the Public Trust. In: FOOTE, Daniel H. (Ed.). **Law in Japan – A Turning Point**. Seattle. Washington: University of Washington Press, 2007. p. 99.

⁴⁷⁷ Ibid. loc. cit.

⁴⁷⁸ Ibid. loc. cit.

⁴⁷⁹ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. 2012. 146 f. Tese (Doutorado em Economia Política) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=ivo_teixeira_gico_junior>. Acesso em: 13 jul. 2013. p. 73.

⁴⁸⁰ HALEY, John O. op. cit. loc. cit.

mas que, paradoxalmente, goza de independência, desempenhando um papel até mesmo ativista no desenvolvimento de normas legais e no preenchimento de lacunas deixadas pela inércia legislativa e administrativa⁴⁸¹.

Estes mecanismos, conforme pontua Ivo Teixeira Gico Junior, “geraram não um Judiciário necessária ou essencialmente conservador, mas um Judiciário altamente sensível e coordenado com suas lideranças [...] sendo que a independência do Judiciário foi mantida, ainda que a do juiz de 1o grau não”. Segundo o autor, o conservadorismo judicial japonês “pode ser interpretado muito mais como um conservadorismo político em geral, já que salvo alguns breves períodos, a política japonesa tem sido dominada por um único partido conservador, o que apenas reforça a necessidade de modelos que levem em consideração” esta interação estratégica entre Poder Judiciário e outros Poderes⁴⁸².

Ramseyer e Nazakato, na introdução do seu estudo que aplica o instrumental da análise econômica do direito ao sistema de justiça japonês, afirmam que o crescimento econômico depende de incentivos e que estes incentivos dependem substancialmente da lei. Mais precisamente, afirmam que o crescimento econômico ocorre em um nível eficiente quando as pessoas podem trabalhar e investir com a segurança de que poderão lucrar mais do que gastaram. Têm sobre si a incidência de incentivos institucionais que se alinham às rendas resultantes de suas atividades. E concluem, diante destas premissas, que o Japão tem agido corretamente neste aspecto, pelo fato de que o governo tem utilizado a lei para definir e fazer valer as reclamações privadas em relação a recursos escassos. E assim agindo, trouxe as taxas sociais e privadas de retorno à atividade econômica mais juntas⁴⁸³.

No Brasil, os controles institucionais da ação do Poder Judiciário são, conforme pondera Fabio Comparato, “muito frouxos” e em alguns setores praticamente inexistentes. O poder censório geral do Poder Judiciário, atribuído ao Conselho Nacional da Magistratura, este composto por sete Ministros do Supremo Tribunal Federal, tem sido de todo inoperante, pois não tem condições para exercer a fiscalização do desempenho funcional dos juízes em

⁴⁸¹ HALEY, John O. The Japanese Judiciary – Maintaining Integrity, Autonomy, and the Public Trust. In: FOOTE, Daniel H. (Ed.). **Law in Japan – A Turning Point**. Seattle. Washington: University of Washington Press, 2007. p. 99.

⁴⁸² GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. 2012. 146 f. Tese (Doutorado em Economia Política) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=ivo_teixeira_gico_junior>. Acesso em: 13 jul. 2013. p. 73.

⁴⁸³ RAMSEYER, J. Mark; NAZAKATO, Minoru. **Japanese law: an economic approach**. Chicago: The University of Chicago Press, 1999. p. 03.

todo país⁴⁸⁴. Este fator contribui para o contexto de independência sem controle dos magistrados e, por consequência, para a geração dos problemas destacados no decorrer deste estudo.

Evidente que, deixando de lado o fato de que no Japão vigora um sistema político conservador, com características totalmente diferentes do sistema político adotado no Brasil, não se propõe um transplante *ipsis litteris* desta estrutura de responsabilidade disciplinar para o sistema de justiça brasileiro. Até porque, conforme já se disse alhures (seção 4), *one size doesn't fits all* e o implante de aspectos de outros sistemas sem as devidas relativizações e adaptações pode trazer efeitos nocivos e não atingir o objetivo primordialmente almejado.

Mas o exemplo é interessante e pode servir como uma orientação para a implantação de mecanismos similares de coordenação dos magistrados, que tenha o condão de conferir previsibilidade ao sistema de justiça. Um sistema de pesos e contrapesos (*checks and balances*) é, segundo Mauro Cappelletti, indispensável para a manutenção de um Estado de Direito. E a partir da expansão dos poderes dos magistrados, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, torna-se imprescindível pensar também na implantação do modelo *responsive law*, com a expansão da responsabilidade de cunho disciplinar⁴⁸⁵.

Se é exigida a total independência do Poder Judiciário no julgamento dos demais Poderes Públicos, evidentemente, à luz dos mandamentos constitucionais e legais, não se compreende o motivo pelo qual os magistrados não são submetidos, por igual, a um controle externo do seu comportamento por outros órgãos, para o efeito de apuração de responsabilidades, inclusive, no nível disciplinar. É, conforme doutrina de Fabio Comparato, “falacioso objetar que a fiscalização *ab extra* da ação dos magistrados importaria na perda de sua independência”⁴⁸⁶.

Ivo Teixeira Gico Junior afirma que o magistrado brasileiro, talvez o mais independente do mundo, não é independente apenas politicamente, mas também “em relação à própria lei e à jurisprudência”, não havendo uma estrutura de incentivos crível de uniformização da jurisprudência⁴⁸⁷. E prossegue afirmando que “a imposição de custos

⁴⁸⁴ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 151-159, maio/ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a08v1851.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

⁴⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução e Revisão Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 22.

⁴⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. op. cit. p. 170.

⁴⁸⁷ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. 2012. 146 f. Tese (Doutorado em Economia Política) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=ivo_teixeira_gico_junior>. Acesso em: 13 jul. 2013. p. 61; 64.

adicionais ao juiz pela reversão de uma decisão sua no Brasil é desprezível”, haja vista que sua carreira não será afetada, assim como sua remuneração. E considerando que o custo de monitoramento da taxa de reversão é alto, nem mesmo sua reputação será atingida, porquanto se a reversão não impõe custos adicionais, a conduta racional maximizadora do magistrado será sempre desobedecer a jurisprudência dominante em um caso de conflito⁴⁸⁸.

Desta forma, a implantação de uma estrutura de incentivos, talvez considerados negativos por parte dos juízes que, diante de atos inidôneos, estarão sujeitos a sanções, que permitem a alteração da conduta dos magistrados, a fim de que se atinja o melhor comportamento esperado, poderia ser considerada uma possível solução ao problema. “Como as pessoas tomam decisões por meio da comparação entre custos e benefícios, seu comportamento pode mudar quando os custos ou benefícios mudam”⁴⁸⁹.

Os juízes, considerados agentes racionais, não tomam suas decisões baseando-se apenas na lei aplicável ao caso, levando em conta também a utilidade extraída de determinada escolha. Neste aspecto, vale lembrar a questão dos “bons juízes” destacada por Posner e tratada na subseção 4.1 desta seção. Ademais, Ivo Teixeira Gico Junior pondera que a função utilidade de um magistrado inclui preocupações como remuneração, promoção, remoção, prestígio, preferências políticas, justiça, etc.⁴⁹⁰.

Se em um contexto em que existe um precedente judicial aplicável ao caso e, portanto, que deve ser seguido por se tratar de caso semelhante, e o juiz opta por não segui-lo, terá ciência de que será submetido a uma sanção. Assim, ponderando os benefícios desta escolha, as chances de agir em prejuízo da segurança jurídica, da previsibilidade, da confiabilidade do Poder Judiciário, ou seja, em manifesto ato atentatório ao Estado de Direito, ficam bastante reduzidas.

Isto porque, o juiz racional, sabendo dessa possibilidade – reconhecendo o seu lugar na hierarquia judiciária, a possibilidade de reversão, bem como os custos associados a ser revertido⁴⁹¹ - toma suas decisões a fim de maximizar o seu retorno e minimizar seus custos.

⁴⁸⁸ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. 2012. 146 f. Tese (Doutorado em Economia Política) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=ivo_teixeira_gico_junior>. Acesso em: 13 jul. 2013. p. 68.

⁴⁸⁹ PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da Agência (Problema Agente-Principal). In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Coords.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 100.

⁴⁹⁰ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. op. cit. p. 61.

⁴⁹¹ Ibid. p. 67.

Assim, em uma hipótese em que não há custos adicionais impostos ao juiz que não siga a jurisprudência, o comportamento racional do juiz é divergir sempre que suas preferências forem diferentes da jurisprudência dominante. Por outro lado, havendo custos adicionais impostos ao juiz caso ele não siga a jurisprudência, ou seja, que ele não tenha incentivos positivos para não segui-la, a conduta racional maximizadora é a de seguir a jurisprudência, tendendo à uniformização.

Poder-se-ia considerar também, incentivos positivos, no sentido de fazer avaliações periódicas a fim de verificar produtividade, número de decisões reformadas pelos Tribunais Superiores, dentre outros fatores que, inclusive, já são aferidos pela Corregedoria Nacional de Justiça, e aqueles magistrados que ocuparem as primeiras posições ganhariam prêmios a ser estipulados.

Neste sentido, Ivo Teixeira Gico Junior propõe a alteração do critério de promoção por mérito por resolução do CNJ para “incluir expressamente o tempo médio dos julgamentos e o índice de reversibilidade” das decisões pelos órgãos *ad quem*. “Magistrados mais produtivos e mais eficientes avançariam mais rapidamente na carreira, criando incentivos para se trabalhar mais e melhor”. O autor propõe ainda que “o salário inicial de um magistrado deveria ser substancialmente menor que o de um ministro (final de carreira) e avançar ao longo do tempo e com a promoção na carreira” e a inclusão de bônus por produtividade e qualidade. Sugere, por fim, que o desempenho e taxa de reversibilidade poderiam ser fatores aptos a atribuir o direito de escolha no caso de remoção⁴⁹².

Trata-se de uma aplicação, *mutatis mutandis*, da Teoria da Agência, em que o agente principal, que poderia ser considerado o Estado de Direito, condiciona os agentes, concebidos neste caso, pelos magistrados, a produzir resultados eficientes, de acordo com o esperado. No caso, a produzir decisões previsíveis, devidamente fundamentadas, que geram segurança jurídica aos jurisdicionados, ou seja, de realizar condutas condizentes com um Estado de Direito.

Para tanto, incidem:

- a) os custos de monitoramento do agente, que pode ser realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, nos termos da competência que lhe é conferida pela Constituição Federal (art. 103-B, §4o e incisos) e pelo Estatuto da Magistratura, principalmente no que se

⁴⁹² GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. 2012. 146 f. Tese (Doutorado em Economia Política) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=ivo_teixeira_gico_junior>. Acesso em: 13 jul. 2013. p. 130.

refere a zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura; definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário; de receber reclamações e representações contra órgãos ou membros do Poder Judiciário; de julgar processos disciplinares; e de melhorar práticas e celeridade dos serviços judiciais. Fabio Konder Comparato e Kátia Arruda já delinearão a importância da criação de um órgão específico para controlar a responsabilidade dos magistrados⁴⁹³;

- b) os custos de incentivos criados para o alinhamento dos interesses dos agentes em relação ao objetivo definido pelo principal. E neste aspecto, consideram-se os custos dos incentivos negativos (sanções) e positivos (prêmios);
- c) e os custos da diferenciação entre decisões ótimas para o principal e as decisões tomadas pelo agente⁴⁹⁴.

Assim, considerando a racionalidade dos juízes e que eles reagem a estímulos, pensar em uma estrutura de incentivos positivos e negativos pode ser uma solução prática para que com a implantação de uma estrutura de precedentes, os juízes sejam incentivados a respeitá-los. Ainda, a publicação do desempenho dos magistrados gera transparência e responsabilidade (*accountability*), características fundamentais de um Estado de Direito⁴⁹⁵.

Com um sistema efetivo de pesos e contrapesos, é possível pensar em um sistema de justiça que garanta um acesso eficiente à justiça, com decisões previsíveis, consistentes e harmoniosas com o todo em que se inserem. Em um sistema dotado de credibilidade e confiança por parte da sociedade, que tem o Poder Judiciário como uma instituição apta a promover o equilíbrio, que respeita seus precedentes, trata casos semelhantes de forma semelhante e garante a necessária segurança para que os indivíduos tenham condições de planejar o porvir.

⁴⁹³ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 151-159, maio/ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a08v1851.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2014. p. 157.

⁴⁹⁴ PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da Agência (Problema Agente-Principal). In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 100.

⁴⁹⁵ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. 2012. 146 f. Tese (Doutorado em Economia Política) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=ivo_teixeira_gico_junior>. Acesso em: 13 jul. 2013. p. 129.

6 CONCLUSÃO

O presente estudo busca demonstrar que o Poder Judiciário brasileiro se encontra imerso em uma crise de previsibilidade das decisões judiciais. Pelos exemplos trazidos na seção 4, aponta-se a existência de divergência jurisprudencial entre órgãos de uma mesma instância, como é o caso dos julgamentos relacionados à possibilidade de capitalização de juros e a discussão sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 2.170-36/2001 em contratos bancários, nos quais se verifica a divergência de entendimentos entre os Tribunais de Justiça do Estado do Paraná e de São Paulo. Do mesmo modo ocorre no âmbito trabalhista, quanto ao reconhecimento de vínculo empregatício da diarista, em que os Tribunais Regionais do Trabalho apresentam até três entendimentos diferentes sobre a mesma questão.

Há ainda, a falta de prevalência da jurisprudência das Cortes Superiores, conforme se extrai do exemplo da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às pessoas jurídicas. Em que pese o Superior Tribunal de Justiça ter entendimento no sentido de que não é aplicável, os Tribunais de Justiça do Estado do Paraná e do Mato Grosso não verificam qualquer óbice à aplicação da legislação consumerista em favor das pessoas jurídicas. No mesmo sentido, ocorre com a limitação dos juros à taxa de 12% ao ano, em que o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu a limitação dos juros à média da taxa de mercado divulgada pelo BACEN (Banco Central) nas operações da espécie, mas os Tribunais dos Estados de Minas Gerais e Rio Grande do Sul entendem devida a referida limitação.

Existem também frequentes posicionamentos diversos entre juízes de um mesmo órgão, haja vista a quantidade de embargos de divergência no próprio Superior Tribunal de Justiça.

A pesquisa traz ainda o problema da interpretação *contra legem* de um dispositivo legal, como ocorre com o mencionado caso do art. 648, inc. IV, do Código de Processo Civil, em que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná e do Mato Grosso é no sentido de admitir a penhora dos rendimentos do trabalho em determinados casos.

Neste contexto, foi citada a questão atinente à mudança repentina de entendimento da Corte, independente de alteração legal ou do cenário socioeconômico neste sentido, como ocorreu no caso da incidência do COFINS no âmbito do Superior Tribunal de Justiça para as sociedades civis e do direito ao creditamento de insumos isentos, tributados à alíquota zero e com notação NT, por parte do Supremo Tribunal Federal.

Nestes casos, o planejamento dos contribuintes na tomada de decisões, assim como a garantia dos direitos fundamentais como segurança, previsibilidade e irretroatividade da lei foram aspectos totalmente desconsiderados.

Destacou-se, da mesma forma, uma das hipóteses em que se verifica a ocorrência de mudança de entendimento por discricionariedade do magistrado, que passa a se filiar a uma nova corrente, adotando um novo modo de decidir, como ocorre no caso da questão discutida no Recurso Especial n. 1.201.993, em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça, referente à adoção da teoria *actio nata* para a contagem do prazo prescricional para o redirecionamento da ação de execução fiscal contra os terceiros responsáveis.

Na sequência, foi trazida uma análise do fenômeno da judicialização da política. Com o extenso rol de direitos sociais garantidos pela Constituição Federal de 1988, questões anteriormente reservadas à apreciação dos Poderes Legislativo e Executivo foram submetidas à análise do Poder Judiciário. Esta ampliação do papel protagonizado pelo Poder Judiciário abriu espaço para a prática do ativismo judicial.

Em virtude da prática ativista, o Supremo Tribunal Federal atribuiu interpretações aos artigos da Constituição Federal, pautadas em princípios constitucionais que, em razão da maior participação do Poder Judiciário na fixação de seus conteúdos, adquiriram nova feição. São os exemplos da fidelidade partidária, da declaração da inconstitucionalidade de atos normativos emanados do congresso e de questões envolvendo o fornecimento de medicamentos por parte do Poder Público.

Ainda, destacou-se no presente estudo casos em que o Poder Judiciário, em uma prática evidentemente ativista, desconsiderou tratativas privadas, para fazer valer políticas públicas cuja realização compete, precipuamente, ao Estado. Neste aspecto, são as ADINS n. 3.330/DF e 1.950-2/SP, que objetivaram a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 11.096/2005 que instituiu o PROUNI e da Lei n. 7.844/92, do Estado de São Paulo, que assegurou meia-entrada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foram trazidos casos em que houve uma maior atuação do Poder Judiciário no que se refere à produção de provas. Entendeu-se, neste contexto, pela existência de uma forma de ativismo judicial deve ser aceita em determinados casos, a fim de se alcançar a efetivação da justiça.

De forma geral, o ativismo é tomado como indesejável por este estudo, tendo contribuído enormemente para a configuração do atual cenário de imprevisibilidade, com potenciais efeitos negativos em relação à economia do país. Com a possibilidade dos

magistrados proferirem decisões de cunho estritamente político, relativizando disposições legais e a jurisprudência existente, os contratos se tornaram incertos, pois suas disposições passam a ser possíveis de modificação na via judicial. Esta imprevisibilidade aumenta os custos de transação e o sistema de preços, em geral, representando um óbice ao desenvolvimento econômico do país.

Utilizando-se de pesquisa de campo realizada pelo IDESP (Índice de Desenvolvimento da Educação do Estado de São Paulo), verificou-se que parte considerável dos magistrados brasileiros entende que o juiz tem um papel social a cumprir e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos. Neste aspecto, a análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em relação às lides propostas contra planos de saúde, evidenciou o entendimento dos magistrados no sentido de que não podem os contratos de plano de saúde, ainda que firmados na modalidade particular, equipararem-se a negócios jurídicos de efeitos estritamente patrimoniais, pelo fato de se discutir a vida dos indivíduos.

Encontrou-se decisões que afastam cláusulas contratuais legais e válidas para se atender à recomendação médica, que extrapola os limites de cobertura do plano e que entendem ser o rol de procedimentos de cobertura obrigatória trazida pela ANS meramente exemplificativo.

Em resumo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná em relação a esta matéria parece ignorar a natureza da relação jurídica obrigacional privada, inerente a este tipo de contratação. O resultado é o de que, em que pese à elaboração de um contrato de acordo com a lei e com as diretrizes aplicáveis ao caso e, portanto, válido, previamente aceito pelas partes, sua quebra pode ser determinada a qualquer momento pelo Poder Judiciário, bastando que o beneficiário requeira em juízo a cobertura de um tratamento a que não faz jus, nos termos do contrato, mas que segundo seus argumentos, é imprescindível à manutenção da sua integridade física. Volta-se, assim, ao cenário da imprevisibilidade, cujo impacto econômico produzirá efeitos na modelagem dos planos de saúde e em seus custos, tendo por consequência a possibilidade de retirada de ofertas que deveriam ser mantidas por beneficiarem determinada camada de população, a qual ficará relega ao atendimento apenas de parte do setor público.

Estes exemplos, não se ignorando a existência de outros aptos a comprovar os mesmos desvios, servem para demonstrar que o empenho na uniformização do direito federal e constitucional é correntemente desconsiderado na prática da jurisprudência brasileira. A falta de uniformidade no âmbito de uma própria Corte Superior, como ocorre com o Superior

Tribunal de Justiça, abre espaço para que os Tribunais inferiores e os juízes de primeira instância adotem posicionamentos também distintos.

E o resultado desta prática é a completa imprevisibilidade das decisões judiciais. Esta imprevisibilidade, por sua vez, torna as negociações entre os indivíduos incertas, incrementando a incerteza e aumentando custos. Ao firmar um contrato, o agente não poderá anteciper a solução que será dada no caso de descumprimento, pois há a possibilidade de determinado magistrado se filiar ao posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, mas outro seguir as diretrizes da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná, que diverge da Corte Superior. Há, ainda, a possibilidade de um terceiro que julga de acordo com a justiça social, a depender do caso concreto e, portanto, de forma totalmente imprevisível.

Além disso, favorece o uso instrumental da justiça, por parte daqueles indivíduos que tem como objetivo esquivar-se do cumprimento de uma obrigação. Um Poder Judiciário moroso e imprevisível é o ambiente ideal para aquele que pretende descumprir ou postergar o cumprimento de uma obrigação, pois fornece o instrumental necessário para este desiderato. Este uso instrumental da justiça, por seu turno, contribui para o aumento do número de lides, resultando na obstrução das vias de acesso ao Poder Judiciário. As consequências, como já mencionadas, se traduzem na morosidade e ineficiência do acesso à justiça.

Com estas características, o Poder Judiciário deixa de atender à pretensão do litigante que, de fato, teve seu direito ameaçado ou violado. Sua demanda sofrerá os problemas da imprevisibilidade e correrá o risco de, quando for apreciada, ter perdido, por completo, seu objeto.

Este cenário é inaceitável quando se objetiva o desenvolvimento econômico. O aumento dos preços, o uso oportunista da justiça e a sobreutilização do Poder Judiciário são consectários negativos arcados pelos próprios agentes e podem, inclusive, inviabilizar determinadas negociações.

Por isso é que se entende que os juízes e tribunais devem compreender seu papel como peças de um sistema, em que as decisões devem respeitar uma ordem hierárquica e uma harmonia e coerência entre si. Esta autonomia incontrolável que vigora nos dias atuais, com o ímpeto de realização de sua própria justiça por parte dos magistrados, afeta prejudicialmente as relações econômicas e, por consequência, o desenvolvimento econômico do país.

Ademais, gera descrédito em relação ao Poder Judiciário e ao próprio Direito, que como instituições deveriam ser dotadas de força, eficiência e credibilidade por parte da sociedade. Os jurisdicionados, diante da existência destas instituições, deveriam se sentir seguros, pois cientes de que na hipótese de ameaça ou violação de um direito, teriam sua

pretensão devidamente satisfeita com a qualidade esperada. É nisto que se baseia a tranquilidade dos indivíduos para planejar o porvir.

O livre convencimento motivado e a influência da doutrina do *common law* sobre o ativismo judicial são alguns dos problemas que podem gerar a imprevisibilidade das decisões judiciais.

A liberdade de julgar não pode ser entendida como ilimitada e irrestrita. O juiz tem um dever para com a sociedade, de decidir de acordo com a lei e respeitando os posicionamentos já existentes. Se os juízes de primeiro grau respeitam a jurisprudência dos Tribunais Superiores e todos estes respeitam sua própria jurisprudência, o jurisdicionado tem maior segurança jurídica quanto à legalidade ou ilegalidade dos negócios que realiza em consonância com a norma legislada e com a norma aplicada. Do mesmo modo, a prática ativista, na forma como levada a efeito no Brasil, desenhou um juiz dotado de um poder similar ao dos juízes do *common law* inglês e norte-americano, mas sem a devida contrapartida, de respeito aos seus precedentes.

Por estes motivos é que se apontou a necessidade de que seja atribuída uma maior força às instituições formais e informais, para constituir o *enforcement* necessário ao cumprimento das obrigações. As regras legais, assim como sua aplicação pelo Poder Judiciário, precisam ser previsíveis para fins de promoção da segurança jurídica. Assim, os indivíduos são estimulados à realização das trocas, haja vista que tanto o processo de negociação em si como também os seus resultados receberão proteção de instituições fortes e dotadas de credibilidade. As restrições institucionais formais, neste aspecto, seriam o instrumental material que regula os direitos e deveres dos indivíduos em uma sociedade. No caso do Direito, seria o ordenamento jurídico, concebido pela Constituição Federal, pelas Leis, Decretos, Resoluções e outras normativas, além da jurisprudência emanada do Poder Judiciário.

As informais seriam os códigos de conduta e, no caso, as diretrizes da magistratura que interferem no modo de julgar dos magistrados, garantindo uma certeza sobre a expectativa dos indivíduos de que o seu direito será julgado não apenas de acordo com a lei (instituições formais), mas principalmente de forma ética, profissional e imparcial. É que a existência de instituições formais sólidas perderia seu efeito se a aplicação ocorresse de forma desvirtuada por parte dos magistrados.

A atuação conjunta destas instituições define o conjunto de escolhas a disposição dos indivíduos e seus respectivos efeitos. Vale dizer, um ordenamento jurídico que estabelece as normas gerais necessárias à regulação da convivência humana, que é aplicado de forma

coerente e previsível por parte dos magistrados, que obedecem a uma estrutura hierárquica do Poder Judiciário, do qual fazem parte, estabelece de forma clara e acessível, a toda sociedade, os direitos e obrigações, assim como as sanções no caso de inadimplemento.

Desta forma, as possibilidades de escolhas dos indivíduos ficam reduzidas, pois cientes dos limites de seus direitos e dos efeitos de suas condutas, a saber, da aplicabilidade de sanções na hipótese de descumprimento, não há qualquer estímulo para a prática de condutas oportunistas.

Para tanto, fez-se necessário pensar em soluções na prática.

Enxergou-se no respeito aos precedentes judiciais uma forma de se garantir a previsibilidade das decisões judiciais e, portanto, a segurança jurídica. O dever de seguimento da jurisprudência formada nas Cortes Superiores pelas instâncias inferiores é o primeiro passo para que se possa pensar em um cenário de previsibilidade. Saber como será realizada a interpretação e a aplicação pelo Poder Judiciário das regras e princípios positivados no ordenamento jurídico é o resultado de um sistema de justiça considerado previsível.

Não se propõe, conforme já destacado neste estudo, o engessamento do Direito e das decisões judiciais, mas sim a implementação de um modo de decidir que tenha o condão de proporcionar um acesso eficiente à justiça. Do mesmo modo, não haveria o que se cogitar no cerceamento da liberdade do juiz, que deverá, do mesmo modo, analisar as peculiaridades do caso concreto e verificar pela adoção ou não do precedente judicial, o que deverá ser acompanhado da sua necessária justificação. O precedente deve ser visto como um norte para o julgador, que ciente de sua existência, poderá limitá-lo ou estendê-lo, diante das necessidades de cada caso concreto.

Para tanto, é de extrema importância estabelecer os parâmetros de sua aplicação. A utilização equivocada de um precedente pode ensejar na inclusão ou exclusão de um caso do grupo de assuntos que estão sendo resolvidos pelas técnicas afetas aos precedentes judiciais, trazendo prejuízos à evolução do Direito e, principalmente, ao dever de satisfazer com justiça as pretensões deduzidas pelos indivíduos.

A mera transcrição da emenda em uma decisão judicial como “precedente”, como é muitas vezes adotado no Brasil, não cumpre a finalidade ora proposta, pois não extrai da decisão a *ratio decidendi*, ou seja, não atenta para o real sentido e alcance do *decisum* utilizado como paradigma.

Ao aplicar um precedente, é tarefa do julgador avaliar se o precedente invocado pela parte é atual ou não, se foi reformado ou não, se é pacífico ou não e se a *ratio decidendi* pode ou não se aplicada no caso presente. Ainda, deve verificar se é o caso, ou não, de reexame do

precedente, à luz de uma nova ordem jurídica, econômica, social, política ou cultural que sobreveio a de quando o precedente foi formado.

Um sistema de precedentes deve operar com lógica, de acordo com técnicas previamente estabelecidas para a sua aplicação. A previsibilidade das decisões judiciais e a ciência de que os magistrados são peças de um todo que deve ser harmonioso e coerente, são condições prévias para a implementação de um sistema de precedentes. Somente assim é possível se falar em um sistema de precedentes judiciais no Brasil que possa ser eficiente e respeitado pela sociedade.

Faz-se necessário, outrossim, uma formação técnica específica do operador do Direito, para que tenham condições de aplicar corretamente um precedente. Para tanto, é imprescindível que conheçam o funcionamento do sistema, com a introdução dos conceitos de *stare decisis*, *ratio decidendi* e *obiter dictum*. A inclusão desta matéria na grade das universidades e a promoção de cursos neste sentido para os já graduados, seria uma medida essencial para cumprir com esta finalidade.

Em linhas gerais, o respeito aos precedentes pode conduzir a significativas melhoras no campo da previsibilidade das decisões judiciais, dentre as quais: redução no número de recursos, pois na medida em que os jurisdicionados conhecem a jurisprudência do tribunal ad quem, serão desestimulados a recorrer, em virtude do ônus da sucumbência; redução no número de litígios motivados pela “justiça lotérica”, conduzindo à melhoras no problema da sobreutilização do Poder Judiciário; permitir um melhor acesso aos litigantes que, de fato, tiveram seu direito ameaçado ou violado.

Vários outros pontos positivos podem ser enumerados, mas considerando o foco deste estudo quanto ao aspecto da previsibilidade, estes são suficientes para demonstrar as melhoras que poderiam ser resultantes da implantação de um sistema de precedentes.

Ocorre que, conforme se verificou neste estudo, não basta a implementação de um sistema formal dotado de previsibilidade, se os agentes principais no momento decisional não tiverem incentivos para colocá-lo em prática. Neste aspecto, verificou-se extremamente necessária a implementação de um sistema de responsabilidade disciplinar dos magistrados (restrições formais), aliado às regras formais e aos códigos de conduta e deveres da magistratura (restrições informais).

Esta estrutura teria o condão de fazer com que as decisões proferidas no topo da hierarquia do Poder Judiciário, fossem respeitadas dentro da própria corte e pelas instâncias inferiores. Isto porque, de nada adianta um sistema coeso, harmonioso, previsível e seguro, se

os magistrados, peças de fundamental importância que o integram, não possuem a conscientização necessária a atingir esta finalidade.

Desta forma, a adoção de códigos de conduta relacionados à ética da magistratura, ao profissionalismo e à imparcialidade (instituições informais) é importantíssima para atribuir eficácia às instituições formais (sanções disciplinares). Estas restrições informais atuam como restrições sociais, no sentido de coibir os magistrados a decidir contrariamente ao que estabelece o sistema legal.

Por este motivo é que se pensou em uma estrutura de incentivos positivos e negativos, para que os juízes decidam de acordo com o sistema de precedentes: aquele juiz que não seguir um precedente existente e aplicável ou que seguir um precedente de forma equivocada, sem a devida justificação, se sujeitará às sanções disciplinares aplicáveis ao caso.

O exemplo do sistema de justiça japonês evidencia que a existência de uma estrutura de mecanismos formais e informais de coordenação entre instâncias superiores e instâncias inferiores, contribui para que os juízes japoneses sejam reconhecidos mundialmente pela sua integridade, independência e competência profissional. E mais, para que o país tenha as condições necessárias a se desenvolver economicamente de forma eficiente, na medida em que permite que os indivíduos possam trabalhar e investir com segurança, lucrando mais do que gastaram.

Com as devidas relativizações, o que se pode aproveitar do caso japonês é que a incidência de incentivos institucionais se alinha às rendas resultantes das atividades econômicas desempenhadas pelos indivíduos e por isso, são desejáveis em qualquer sistema de justiça.

Contextualizando o caso para a realidade brasileira, verifica-se que no Brasil, não existe um sistema de pesos e contrapesos quando se fala em responsabilidade dos magistrados. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a ampliação do protagonismo do Poder Judiciário em matérias que antes eram reservadas à competência exclusiva dos Poderes Executivo e Legislativo, não houve o aumento de responsabilidade que lhe deveria ser correlata.

Assim, considerando a racionalidade dos magistrados ao proferirem suas decisões, a implementação de uma estrutura de incentivos negativos – sanções aplicadas em casos de prática de atos inidôneos – e positivos – prêmios, promoções... – poderia conduzir a resultados interessantes quanto ao dever de respeito aos precedentes.

Uma aplicação, *mutatis mutandis* da Teoria da Agência, em que o principal, considerado o Estado de Direito, condiciona os agentes, neste caso, os magistrados, por meio

de uma estrutura de incentivos, a produzir resultados eficientes, que seriam decisões previsíveis e coerentes com o sistema. A produção de decisões previsíveis, devidamente fundamentadas, que geram segurança jurídica, seria a fim esperado pelo principal.

Além destas propostas, o que se verifica crucial é que os juízes tenham consciência de que os comportamentos dos indivíduos são balizados por decisões judiciais. Por este motivo, previsibilidade e coerência no modo de decidir são indispensáveis para que os agentes tenham condições de planejar os atos da vida.

Do mesmo modo, a sociedade jurídica como um todo precisa se conscientizar quanto aos prejuízos derivados do uso instrumental da justiça. Lides sem fundamentos concretos, pretensões baseadas em experiências alheias com a tentativa de aferir vantagem eventual, em decorrência da gratuidade do acesso, e incidentes meramente protelatórios, são totalmente indesejáveis quando se objetiva a eficiência do acesso à justiça.

De nada adiantariam reformas legislativas se não houver uma mudança no comportamento dos magistrados e da sociedade jurídica em geral. A insuficiência do direito legislado exige a implementação de um mecanismo que atribua coerência e previsibilidade ao sistema de justiça brasileiro.

O Poder Judiciário deve ser visto como uma instituição forte, sólida e apta a garantir segurança, principalmente no seu viés de previsibilidade, aos jurisdicionados, proporcionando um ambiente favorável à realização de trocas. Assim, garante respeito e credibilidade por parte da sociedade, inibindo seu acesso para qualquer fim que não tenha como objetivo resguardar um direito efetivamente ameaçado ou violado.

REFERÊNCIAS

- AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. As Tragédias dos *Comuns* e dos *Anticomuns*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 49-61.
- ALEX, Robert; DRIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting Precedents – A Comparative Study**. Surrey: Ashgate, 1997. p. 17-64.
- ARRUDA, Kátia Magalhães. Responsabilidade do juiz e a garantia da independência. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 133, p. 165-171, jan./mar. 1997.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- _____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARBOSA, Claudia. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARRETO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano. **Direito da sociedade policontextual**. Curitiba: Appris, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.
- BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 27-37.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2014.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 1059546/SE**. 3ª Turma. Relator: Min. Vasco Della Giustina. Julgado em: 18/11/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1022736&num_registro=200801335261&data=20101125&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2014.
- _____. _____. **Agravo em Recurso Especial nº 14.813/MG**. Relator: Min. Massami Uyeda. Julgado em: 05/08/2011. Publicado em: 07/08/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=16878486&num_registro=201100745205&data=20110817&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **AgRg no Recurso Especial nº 971.630/RS**. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 12/02/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=752417&num_registro=200701771562&data=20080331&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **AgRg no Recurso Especial nº 1.297.419/SP**. 3ª Turma. Relator: Min. Sidnei Beneti. Julgado em: 19/04/2012. DJe 07/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1140835&num_registro=201102929786&data=20120507&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **AgRg no Recurso Especial nº 956.201/SP**. 4ª Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 18/08/2011. DJe 24/08/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17001862&num_registro=200701216847&data=20110824&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2014.

_____. _____. **Recurso Especial nº 1.112.879/PR**. 3ª Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 12/05/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=971696&num_registro=200900158318&data=20100519&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Recurso Especial nº 328.338/MG**. 4ª Turma. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em: 15/04/2003. DJ 30/06/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=403685&num_registro=200100712773&data=20030630&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2014.

_____. _____. **Recurso Especial nº 506.719/PR**. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 20/11/2003. DJ 09/12/2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=443773&num_registro=200201703560&data=20031209&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Recurso Especial nº 540.179/SP**. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 16/12/2003. DJ 14/06/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=446467&num_registro=200300594128&data=20040614&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Recurso Especial nº 668.216/SP**. 3ª Turma. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em: 15/03/2007. DJe 02/04/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=679581&num_registro=200400999090&data=20070402&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Recurso Especial nº 716.386/SP**. 4ª Turma. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Julgado em: 05/08/2008. DJe 15/09/2008. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1641997&num_registro=200401828784&data=20080915&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2014.

_____. _____. **Recurso Especial nº 962.980/SP**. 4ª Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 13/03/2012. DJe 15/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1129052&num_registro=200701448355&data=20120515&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.959-7/SP**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2014.

_____. _____. **Mandado de Segurança nº 24.268-0/MG**. Tribunal Pleno. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. DJ 17/09/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=861111>>. Acesso em: 21 out. 2014.

_____. _____. **Questão de Ordem em Petição nº 2.900-3/RS**. Segunda Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ 01/08/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86525>>. Acesso em: 21 out. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento 109046/2009**. 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Sebastião de Moraes Filho. Julgado em: 18/11/2009. Publicado em: 01/12/2009. Disponível em: <<http://servicos.tjmt.jus.br/processos/tribunal/ViewAcordao.aspx?key=328011d6-7dbf-4a0c-917c-ebdc554b757a>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Apelação 94442/2011**. 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Dirceu dos Santos. DJe 09/04/2012. Disponível em: <<http://sistemadje.tjmt.jus.br/publicacoes/8786-2012.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0024.11.308252-3/001**. 13ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Carlos Gomes da Mata. Julgado em: 22/05/2014. Publicado em: 30/05/2014. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10024113082523001>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 0309008-45.2011.8.26.0000**. 18ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Roque Antonio Mesquita de Oliveira. Julgado em: 04/07/2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0309008-45.2011.8.26.0000&cdProcesso=RI0014I650000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5SP&cdServico=190201&ticket=gE66W3I%2FcIF2ghOM%2Fh%2FIOzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvR%2BsHU5cDW7PUxXEcUdDYDn01dlp92%2BIGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwx5sPNke3nisD>>.

%2B0ffAJdvVpxJSI82emJMtwnsYEAQSaDxvk2cllYGue%2F9RouEWE%2Bh3zoo3dKf4Gtb%2FOSUIt%2FAJe%2BZle4uQsbxwu4OEDqD3kg%3D>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 9214717-65.2009.8.26.0000**. 11ª Câmara de Direito Privado. Relator: Marino Neto. Julgado em: 17/01/2013. Disponível em: <[https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=9214717-](https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=9214717-65.2009.8.26.0000&cdProcesso=RJZ00TBN40000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5SP&cdServico=190201&ticket=i04aS9XrwCeLvYtoLE8mzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvy06IXyzeFf4oUR7HfK1lSX01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwx5sPNke3nisD%2B0ffAJdvVpgkfleWlvcVFb38V5t4%2BsO3WXYSPUyMD8OHOOEU%2BFGLMjfqmdaOZ23t5Y91l7i1lgnathew7%2FP81Dxb5Dw%3D)

65.2009.8.26.0000&cdProcesso=RJZ00TBN40000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5SP&cdServico=190201&ticket=i04aS9XrwCeLvYtoLE8mzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvy06IXyzeFf4oUR7HfK1lSX01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwx5sPNke3nisD%2B0ffAJdvVpgkfleWlvcVFb38V5t4%2BsO3WXYSPUyMD8OHOOEU%2BFGLMjfqmdaOZ23t5Y91l7i1lgnathew7%2FP81Dxb5Dw%3D>. Acesso em: 28 out. 2014.

_____. _____. **Taxa Judiciária**. Despesas Processuais. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Egov/IndicesTaxasJudiciarias/DespesasProcessuais/TaxaJudiciaria.aspx>>. Acesso em: 3 set. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento 830839-6**. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Rosana Amara Girardi Fachin. Julgado em: 19/01/2012. DJe 09/02/2012. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/e-dj/publico/diario/baixar.do?tjpr.url.crypto=3f7d869507e1a48dee0b87ee38c544af1e2f570d02c079bfa181437eebe12eae#page=1381>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Agravo de Instrumento 940739-6**. 12ª Câmara Cível. Relatora: Juíza de Dto. Subst. em 2º Grau Angela Maria Machado Costa. Julgado em: 27/03/2013. DJ 15/04/2013. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/e-dj/publico/diario/baixar.do?tjpr.url.crypto=b6155cf1edf3cc4d>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Agravo de Instrumento 1102890-5**. 10ª Câmara Cível. Relator: Juiz Subst. em 2º Grau Carlos Henrique Licheski Klein. Julgado em: 10/07/2014. Publicado em: 15/08/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11718570/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1102890-5>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 1063035-4**. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Domingos José Peretto. Julgado em: 10/07/2014. Publicado em: 08/08/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11713742/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1063035-4>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 1067673-0**. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Jorge de Oliveira Vargas. Julgado em: 31/10/2013. Publicado em: 13/12/2013. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11578793/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1067673-0>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 1089505-1**. 10ª Câmara Cível. Relatora: Des. Elizabeth Nogueira Calmon de Passos. Julgado em: 05/06/2014. Acesso em: 29/07/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11705727/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1089505-1>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 1094778-7**. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. José Augusto Gomes Aniceto. Julgado em: 31/10/2013. Publicado em: 08/11/2013. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11558081/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1094778-7>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 1108878-3**. 10ª Câmara Cível. Relatora: Des. Elizabeth Nogueira Calmon de Passos. Julgado em: 10/04/2014. Publicado em: 21/05/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11664313/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1108878-3>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 1114170-9**. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Francisco Luiz Macedo Junior. Julgado em: 24/04/2014. Publicado em: 04/06/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11674381/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1114170-9>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 1122762-2**. 10ª Câmara Cível. Relatora: Juíza de Dto. Subst. em 2º Grau Elizabeth Nogueira Calmon de Passos. Julgado em: 15/05/2014. Publicado em: 18/06/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11680355/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1122762-2>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 1126367-3**. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. José Laurindo de Souza Netto. Julgado em: 24/10/2013. Publicado em: 25/11/2013. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11566634/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1126367-3>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 1131247-9**. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Francisco Luiz Macedo Junior. Julgado em: 24/04/2014. Publicado em: 21/05/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11664527/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1131247-9>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 1142896-9**. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. José Laurindo de Souza Netto. Julgado em: 08/05/2014. Publicado em: 04/08/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11710201/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1142896-9>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 1145731-5**. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Lopes. Julgado em: 10/07/2014. Publicado em: 20/08/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11721563/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1145731-5>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 1149195-5**. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Lopes. Julgado em: 10/07/2014. Publicado em: 15/08/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11718605/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1149195-5>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 1161880-3**. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. José Laurindo de Souza Netto. Julgado em: 29/05/2014. DJ 20/08/2014. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11722252/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1161880-3#integra_11722252>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 1179529-0**. 9ª Câmara Cível. Relator: Juiz de Dto. Subst. em 2º Grau Sérgio Luiz Patitucci. Julgado em: 27/03/2014. Publicado em: 15/05/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11660333/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1179529-0>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 1194953-2**. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Francisco Luiz Macedo Junior. Julgado em: 03/07/2014. Publicado em: 22/07/2014. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11701652/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1194953-2>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 612737-5**. 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Francisco Luiz Macedo Junior. Julgado em: 04/03/2010. Publicado em: 29/03/2010. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1925366/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-612737-5>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 661523-2**. 15ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Carlos Gabardo. DJe 15/06/2010. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/e-dj/publico/diario/baixar.do?tjpr.url.crypto=54ae99c20662aa5bee0b87ee38c544af1e2f570d02c079bfa181437eebe12eae#page=427>. Acesso em: 28 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 701637-5**. 16ª Câmara Cível. Relator: Des. Paulo Cezar Bellio. DJe 24/01/2011. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/e-dj/publico/diario/baixar.do?tjpr.url.crypto=1e888eba9115f7e7ee0b87ee38c544af1e2f570d02c079bfa181437eebe12eae#page=906>>. Acesso em: 28 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 733913-7**. 15ª Câmara Cível. Relatora: Juíza de Dto. Subst. em 2º Grau Elizabeth M. F. Rocha. Julgado em: 20/04/2011. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/e-dj/publico/diario/baixar.do?tjpr.url.crypto=970c83f30f6c41c7ee0b87ee38c544af1e2f570d02c079bfa181437eebe12eae#page=1329>>. Acesso em: 28 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 743574-3**. 15ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Carlos Gabardo. Julgado em: 23/03/2011. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/e-dj/publico/diario/baixar.do?tjpr.url.crypto=93624092bee02495ee0b87ee38c544af1e2f570d02c079bfa181437eebe12eae#page=1044>>. Acesso em: 28 out. 2014.

_____. _____. **Apelação Cível 898846-1**. 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Lopes. Julgado em: 17/05/2012. Publicado em: 31/05/2012. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11282393/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-898846-1>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. _____. **Tabelas anexas da Lei do Regimento de Custas do Estado do Paraná**. Anexo da Lei 6.149 de 14 de setembro de 1970. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/89fa058f-ef47-41a5-ae60-ce673cd8ad86>>. Acesso em: 3 set. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70050758846**. 15ª Câmara Cível. Relator: Des. Angelo Maraninchi Giannakos. Julgado em:

27/03/2013. DJ 04/04/2013. Disponível em:
<http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2013&codigo=422589>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho - 10ª Região. **Embargos de Declaração 00416-2011-015-10-00-3/RO**. 1ª Turma. Relator: Juiz Paulo Henrique Blair. Julgado em: 10/08/2011. Publicado em: 19/08/2011. Disponível em:
<http://www.trt10.jus.br/consweb_gsa/gsa_segunda_instancia.php?tip_processo_trt=RO&ano_processo_trt=2011&num_processo_trt=7273&num_processo_voto=265433&dta_publicacao=30/09/2011&dta_julgamento=21/09/2011&embargo=ED&tipo_publicacao=DEJT&termos=416>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho - 14ª Região. **Recurso Ordinário 0000385-61.2011.5.14.0061**. 2ª Turma. Relatora: Des. Socorro Miranda. Julgado em: 10/11/2011. Publicado em: 11/11/2011. Disponível em:
<http://pesquisa.trt14.jus.br/search?q=cache:0Nrh5qWCe7oJ:jurisprudencia.trt14.jus.br/acordaos/novos/?id=6-RO%2000385201106114000++++inmeta:DATA_CIRCULACAO:daterange:2011-11-11..2011-11-11&client=front_desenv&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=front_desenv&ie=UTF-8&site=acordaos_feeder&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho - 15ª Região. **Recurso Ordinário 0002916-70.2012.5.15.0025**. 4ª Turma. Relator: Luiz Roberto Nunes. Publicado em: 29/05/2013. Disponível em:
<<http://www.trt15.jus.br/consulta/owa/documento.rtf?pAplicacao=DOCASSDIG&pId=8761438>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho - 18ª Região. **Recurso Ordinário 0001446-90.2011.5.18.0013**. 2ª Turma. Relator: Des. Paulo Pimenta. DEJT nº 875/2011, de 14/12/2011. Disponível em:
<http://sistemas.trt18.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_tab=sap290&p_id=1141703&p_num=10408&p_ano=2011&p_cid=RO&p_tipproc=RO&p_dataut=23/11/2011&p_npag=x>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho - 19ª Região. **Recurso em Rito Sumaríssimo 0022200-49.2008.5.19.0007**. Relator: Des. Antônio Catão. Julgado em: 27/05/2008. Publicado em: 11/06/2008. Disponível em:
<<http://www.trt19.jus.br/siteTRT19/JSPs/inst2/AcordaoPorDataSelecionado.jsp?ano=2008&vara=7&proc=22200&acao=55&numacordao=1&processo=85363&descAcao=RECURSO%20EM%20RITO%20SUMAR%20CDSSIMO>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho - 1ª Região. **Recurso Ordinário 0001382-78.2010.5.01.0081**. 1ª Turma. Relator: Gustavo Tadeu Alkmim. Julgado em: 06/08/2013. Publicado em: 19/08/2013. Disponível em: <<http://www.trt1.jus.br/trt-consultaprocessual-portlet/DocumentoServlet?sqDocumento=34590762>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho - 2ª Região. **Recurso Ordinário 00016228420128020464**. 3ª Turma. Relator: Des. Nelson Nazar. Julgado em: 25/06/2013. Publicado em: 03/07/2013. Disponível em:

<<http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?viewPdf=&id=593956>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho - 9ª Região. **Recurso Ordinário 00303-2009-594-09-00-1**. 4ª Turma. Relator: Des. Luiz Celso Napp. Julgado em: 23/09/2009. Publicado em: 06/10/2009. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/publicacao_pdf_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=308465&procR=AAAS5SABaAAC1CGAAO&ctl=308465>. Acesso em: 29 out. 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 553-674.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução e Revisão Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do Poder Judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-46.

CASSON, Mark C.; GIUSTA, Marina Della; KAMBHAPATI, Uma S. Formal and Informal Institutions and Development. **World Development**, v. 38, n. 2, p. 137-141, 2010.

CASTELAR, Armando. **Judiciário e Economia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edlestein de Pesquisas Sociais, 2009.

COASE, Ronald. H. O problema do custo social. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia: textos escolhidos**. Tradução Francisco Kummel F. Alves e Renato Vieira Caovilha. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59-112.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA. **Prebisch, la CEPAL y el método histórico estructural**. Disponível em: <<http://prebisch.cepal.org/pt-pt/prebisch-cepal-e-o-metodo-historico-estrutural>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 151-159, maio/ago. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a08v1851.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução Luis Marcos Sander e Francisco Araújo Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência das normas jurídicas**: crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 179, p. 139-174, jan. 2010.

DAKOLIAS, Maria. O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma. Tradução Sandro Eduardo Sardá. **Documento Técnico Número 319**, Washington, D.C., jun. 1996. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

DAVIS, Kevin; TREBILCOCK, Michael. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas *versus* céticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 217-268, jan./jul. 2009.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência**: proteção da confiança, boa fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009.

DEWEY, John. Logical Method and Law. **10 Cornell Law Quartely**, n. 17, p. 17-27, 1914/1925.

DIAS, Jean Carlos. **Análise econômica do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coords.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 39-47.

DOYLE, Michael W. Kant, Liberal Legacies and Foreign Affairs. Part 1. **Philosophy & Public Affairs**, v. 12, n. 3, p. 205-235, 1983.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *common law* e de *civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A Força dos Precedentes** – Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2012. p. 39-80.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARBER, Daniel A. The Rule of Law and the Law of Precedents. **90 Minn. L. Rev.**, p. 1173-1203, 2005. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2693&context=facpubs>>. Acesso em: 2 ago. 2014.

FOLLONI, André Parmo. **Ciência do direito tributário no Brasil: crítica e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRIEDMAN, David. D. **Law's Order**: What economics has to do with law and why it matters. Princeton: Princeton University Press, 2000.

GELEDÉS INSTITUTO DA MULHER NEGRA. **Doméstica ou diarista: veja como a Justiça define quem é quem**. Disponível em: <<http://arquivo.geledes.org.br/areas-de-atuacao/questoes-de-genero/domesticas/18278-domestica-ou-diarista-veja-como-a-justica-define-quem-e-quem>>. Acesso em: 21 ago. 2014.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. 2012. 146 f. Tese (Doutorado em Economia Política) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=ivo_teixeira_gico_junior>. Acesso em: 13 jul. 2013.

_____. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coords.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-26.

_____. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-31.

_____. **Seminário Direito, Economia e Desenvolvimento**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011. Palestra. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=FR5_OLDN3Zo>. Acesso em: 11 jul. 2014.

_____; ARAKE, Henrique. De Graça, até Injeção na Testa: análise juseconômica da gratuidade de Justiça. **Economic Analysis of Law Review**, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan./jun. 2014.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Criação judicial do direito e importância dos precedentes. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 123-143, out./dez. 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Direito Posto e Direito Pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

HALEY, John O. The Japanese Judiciary – Maintaining Integrity, Autonomy, and the Public Trust. In: FOOTE, Daniel H. (Ed.). **Law in Japan – A Turning Point**. Seattle. Washington: University of Washington Press, 2007. p. 99-135.

HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de Propriedade Intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

HELMKE, Gretchen; LEVITSKY, Steven. Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda. **Perspectives on Politics**, v. 2, n. 4, p. 725–740, 2004.

INTERNATIONAL INSTITUTE OF SOCIAL STUDIES IN THE HAGUE. Part of Erasmus University Rotterdam. **Paul Rosenstein-Rodan**. Disponível em: <http://www.iss.nl/about_iss/honorary_fellows/paul_rosenstein_rodan/>. Acesso em: 14 jul. 2014.

JAPÃO. **A Constituição do Japão**. Promulgado em: 03/11/1946. Aplicado em: 03/05/1947. Disponível em: <<http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

KANT, Immanuel. Perpetual Peace. In: GAY, Peter. **The Enlightenment: A Comprehensive Anthology**. New York: Simon & Schuster, 1973.

KLOEPFER, Stephen. Book Review: Legal reasoning and legal theory, By Neil MacCormick. **Osgoode Hall Law Journal**, n. 18, v. 4, p. 674-682, 1980. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=2036&context=ohlj>>. Acesso em: 18 set. 2014.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? In: Dossiê: 25 anos da constituição de 88. **Novos Estudos**, n. 96, p. 69-85, jul. 2013.

LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Edward N. Zalta (Ed.), spring 2014. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em: 30 out. 2014.

LATOUCHE, Serge. **La décroissance, une utopie?** Entrevista online. Parte 1. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fvBsiP3hAmA>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

_____. **La décroissance, une utopie?** Entrevista online. Parte 2. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fvBsiP3hAmA>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

LEKOVIC, Vlastimir. Interaction of formal and informal institutions – Impact on Economic Success. **Facta Universitatis**, Series Economics and Organization, v. 8, n. 4, p. 357-370, 2011.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. O Conselho Nacional da Justiça e a Administração do Poder Judiciário. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, ed. 9, 2005. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao009/carlos_lenz.htm>. Acesso em: 23 set. 2014.

LIMA, Thiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Cíveis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978.

_____. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning.** Oxford: Oxford University Press, 2005.

MACKAAY, Ejan. **Law and Economics for Civil Law Systems.** Cheltenham: Edward Elgan Publishing Limited, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A Força dos Precedentes** – Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2012.

_____. O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica. In: _____ (Coord.). **A Força dos Precedentes** – Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2012. p. 559-574.

_____. **Precedentes Obrigatórios.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIARELLI, Mayra M.; LIMA, Rogério M. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

MIRANDA, Alessandro. Santos de. **Ativismo judicial na promoção dos direitos sociais:** O Supremo Tribunal Federal como formador de novos parâmetros de civilidade social e propagador do ativismo judicial. São Paulo: LTr, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis.** Tradução Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5.

NORTH, Douglass C. Economic Performance Through Time. **Nobelprize.org.** Nobel Media AB 2014. Web. 11 Oct. 2014. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1993/north-lecture.html>. Acesso em: 15 jul. 2014.

_____. et al. Limited Access Orders in the developing world: a new approach to the problems of development. **Policy Research Working Paper**, n. 4359, sep. 2007. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/2007/09/19/000158349_20070919115851/Rendered/PDF/WPS4359.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2014.

_____. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance.** New York: Cambridge University Press, 1990.

_____. **The new institucional economics and development.** Disponível em: <<http://www2.econ.iastate.edu/tesfatsi/NewInstE.North.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

_____. Transaction Costs, Institutions, and Economic Performance. **International Center for Economic Growth**, n. 30, 1992. Series Occasional papers.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O binômio repercussão geral e súmula vinculante – Necessidade da aplicação conjunta dos dois institutos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 675-750.

OLSON JR, Mancur. Big Bills Left on the Sidewalk: Why Some Nations are Rich, and Others Poor. **Journal of Economic Perspectives**, v. 10, n. 02, p. 3-24, spring 1996.

PEJOVICH, Svetovar. The Effects of the Interaction of Formal and Informal Institutions on Social Stability and Economic Development. **Journal of Markets & Morality**, n. 2 p. 164-181, fall 1999.

PEREIRA, Paula Pessoa. O Estado de Direito e a Necessidade de Respeito aos Precedentes Judiciais. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A Força dos Precedentes** – Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2012. p. 141-154.

PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da Agência (Problema Agente-Principal). In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Coords.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 97-110.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e Economia num mundo globalizado: Cooperação ou Confronto? **Texto para discussão**, Rio de Janeiro, n. 963, jul. 2003. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0963.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2014.

_____. Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados. **Texto para discussão**, Rio de Janeiro, n. 966, jul. 2003. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0966.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2014.

POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

_____. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMSEYER, J. Mark; NAZAKATO, Minoru. **Japanese law**: an economic approach. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Educação e cultura: direito ou contrato? **Revista Direito GV**, v. 2, n. 2, p. 117-138, jul./dez. 2006.

_____. Racionalidade Limitada. In: _____; KLEIN, Vinicius (Coords.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 63-70.

_____; GALESKI JUNIOR, Irineu. Acesso à justiça: uma abordagem sobre a assistência judiciária gratuita. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet, Curitiba**, ano V, p. 247-265, publicação semestral, 2013. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Selela-Externa/Marcia-Carla-Pereira-Ribeiro.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

_____; _____. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento** – antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; FOLLONI, André Parmo. A aplicação da *actio nata* no redirecionamento das execuções fiscais e seus reflexos no desenvolvimento e na segurança jurídica. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, 2014 (no prelo).

_____; HATOUM, Nida Saleh. As lides bancárias e as consequências para o funcionamento do Poder Judiciário Brasileiro. In: **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais** – RDB, ano 17, v. 63, p. 31-42, jan./mar. 2014.

_____; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A justiça social como fundamento das decisões judiciais. In: DOMINGOS, Terezinha de Oliveira; MIELKE, Jaqueline; FERRI, Caroline (Coords.). **Direitos sociais e políticas públicas I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 127-144.

_____; _____. Previsibilidade das decisões judiciais como fator de desenvolvimento. **Revista da Ajuris**, v. 40, n. 132, p. 167-184, dez. 2013.

_____; SACCO, Fábila dos Santos. A proteção do depositante do pedido de registro de marcas e patentes perante o INPI. **Ciências sociais aplicadas em revista**, Cascavel, 2014. No prelo.

ROSSI, Amélia do C. S.; BARBOSA, Claudia Maria. A cidadania emergente no constitucionalismo latino-americano. In: TAVARES NETO, José Querino; SILVA, Juvêncio Borges da. **Ações coletivas e construção da cidadania**. Curitiba, Juruá, 2013. p. 61-80.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTOS, Ludmila. Uso instrumental da Justiça causa morosidade. **Revista Consultor Jurídico**, 13 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-13/sistema-judiciario-favorece-aumento-acoes-pesquisa-puc-rs>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

SCHAPIRO, Mario G. Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento. Os limites do paradigma *Rule of Law* e a relevância das alternativas institucionais. In: DIMOULIS, Dimitri; VILHENA, Oscar. **Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 121-168.

_____; TRUBEK, David M. Redescobrimo o Direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: _____; _____ (Coords.). **Direito e Desenvolvimento** – Um diálogo entre os BRICS. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27-70.

SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 39, n. 597, feb. 1987. Disponível em: <<http://www.gvpt.umd.edu/CITE-IT/Documents/Schauer%201987%20Precedent.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann e Ricardo Donilelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. **Development as Freedom**. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. **Resources, Values and Development**. Cambridge: Harvard University Press, 1984.

_____. **Sobre ética e economia**. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____; DRÈZE, Jean. **Hunger and Public Action**. Gloucestershire: Claredon Press, 1989.

SHAVELL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lenio Luis. Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o direito? **Revista Consultor Jurídico**, 28 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito?>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

_____. Decisão Jurídica. **Jornal Carta Forense**. Entrevista. 03 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/decisao-juridica/12151>>. Acesso em: 2 set. 2014.

_____. Entrevista Professor Lenio Luiz Streck. Entrevistado por Leonardo de Araújo Ferraz, Juliana mara Marchesani e Silvia Costa Pinto Ribeiro de Araújo. **Revista do Tribunal de Constas do Estado de Minas Gerais**, ano XXIX, v. 81, n. 04, p. 13-21, out./nov./dez. 2011.

_____; ABBOD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TALLINNA TEHNIKAÜLIKOOL. Tallinn University of Technology. **Ragnar Nurkse School of Innovation and Governance**. Ragnar Nurkse – probably the most internationally recognized Estonian scientist of the 20th century. Disponível em: <<http://www.ttu.ee/faculty-of-social-sciences/ragnar-nurkse-school-of-innovation-and-governance/ragnar-nurkse/>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial** – Limites da atuação do Poder Judiciário –. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TIMM, Luciano Benetti. **Seminário Direito, Economia e Desenvolvimento**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011. Palestra. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-QcfkriuERU>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. Uniformização da Jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 104, n. 196, p. 194-218, out./dez. 2001.

TRUBEK, David M. O “império do direito” na ajuda ao desenvolvimento: passado, presente e futuro. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito e desenvolvimento**: presente, passado e futuro: textos selecionados de David M. Trubek. Tradução Pedro Maia Soares, José Rafael Zullo e José Rodrigo Rodriguez. Revisão José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 185-216.

_____. Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo de direito e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **O novo direito e desenvolvimento**: presente, passado e futuro: textos selecionados de David M. Trubek. Tradução Pedro Maia Soares, José Rafael Zullo e José Rodrigo Rodriguez. Revisão José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 51-122.

VALLE, Vanice Regina Lírío do (Org.). **Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **Ativismo judicial**: uma nova era dos direitos fundamentais. São Paulo: Baraúna, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução no Direito. In: _____ (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 11-96.

_____. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, 1985.

ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel (Orgs.). **Direito & Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.