

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Tributário e Financeiro

João Carlos Botelho Alkmim Cunha

Decisões Judiciais e Desenvolvimento Econômico e Social

Brasília – DF

2008

JOÃO CARLOS

BOTELHO

ALKMIM

CUNHA

DECISÕES JUDICIAIS E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL

IDP

2008

João Carlos Botelho Alkmim Cunha

Decisões Judiciais e Desenvolvimento Econômico e Social

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Tributário e Financeiro no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília – DF
2008

João Carlos Botelho Alkmim Cunha

Decisões Judiciais e Desenvolvimento Econômico e Social

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Tributário e Financeiro no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente

Integrante

Integrante

SUMÁRIO

1. Resumo	6
2. Introdução	6
3. Análise econômica do direito e seus fundamentos jurídicos	9
4. Papel das instituições no desenvolvimento nacional	11
5. O Juiz: figura principal do universo jurídico	13
6. O juiz e a teoria econômica de Adam Smith	18
7. O juiz como gestor dos recursos públicos: exemplo na área penal	19
8. Segurança jurídica e justiça	20
9. Súmula vinculante: esperança de segurança jurídica	23
10. Direito de propriedade	24
11. Função social da propriedade	25
12. Contrato e crédito privado	27
13. Função social do contrato	32
14. Caráter objetivo dos contratos privados	38
15. Justiça do Trabalho e contrato de trabalho	39
16. Mercado de capital e Judiciário	44
17. O Judiciário e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica	45
18. Conclusão	46
19. Referências bibliográficas	47

1. Resumo

O tema desta monografia insere-se na disciplina “Direito e Economia”, que estuda as relações existentes entre as ciências jurídicas e econômicas, ou seja, o Direito é visto e analisado, sob a ótica daquela disciplina, como norma jurídica economicamente eficiente. Pretende-se, assim, demonstrar que as decisões judiciais têm repercussão no desenvolvimento econômico e social do País, uma vez que aquelas decisões são fator de considerável importância para os agentes econômicos, que agem conforme o grau de segurança jurídica proporcionada pelo Judiciário e a proteção que o sistema judicial confere à propriedade privada, aos contratos e ao mercado de capitais. Enfim, busca-se neste trabalho examinar a atividade do magistrado sob o prisma de seus reflexos na economia do País. O interesse está no fato de o Direito, em última instância, ser aquilo que o juiz decide, daí a especial atenção que a atividade judicante recebe dos agentes econômicos.

Palavras-chave: Direito. Economia. Juiz. Propriedade. Contrato. Mercado.

2. Introdução

Com esta monografia almeja-se analisar o papel do Judiciário como agente promotor do desenvolvimento econômico e social do País.

Com efeito, não se pode subestimar o reflexo das decisões judiciais na economia dos países, como ressalta a Professora Vanessa Boarati:

Por fim, vale ressaltar ainda o papel do Judiciário, que também ajuda estimular o crescimento, reduz falhas do mercado e diminui a instabilidade da política econômica. Um sistema judicial eficiente contribui para reduzir problemas como comportamento oportunista por parte dos agentes. Ademais, ao proteger a propriedade e os direitos contratuais estimula o investimento, a eficiência e o progresso tecnológico¹.

Nesse passo, necessária é a formação de uma “magistratura econômica”, ou seja, o juiz deve ser um profissional apto a proceder à análise econômica do Direito, evitando-se que, ao proferir sua decisão, desconsidere as suas repercussões na economia.

Não pode, portanto, o julgador ignorar as inexoráveis forças do mercado e provocar a produção de resultado danoso para a sociedade por

¹ Vanessa Boarati, Economia para o Direito, Editora Manole, página 75.

desatenção à mão invisível do mercado, como adverte Sydney Morning Herald:

Encontrar um advogado que entenda e respeite as forças de mercado é tão difícil quanto achar um fabricante de roupas de bebê que compreenda e respeite o celibato. A mente juridicamente treinada não consegue perceber que não é possível derrotar as forças de mercado, mas apenas distorcê-las de modo que elas surjam abruptamente de maneiras inesperadas.

Cumpre destacar que as forças de mercado emergem como conseqüência da própria natureza humana, como bem vislumbrou Adam Smith:

Não é por conta da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos obter o nosso jantar, mas sim da atenção que eles dedicam ao seu próprio interesse. Nós nos dirigimos não à sua humanidade, mas ao seu amor-próprio, e nunca falamos com eles das próprias necessidades, mas de suas vantagens.

Deveras, o ser humano é uma criatura eminentemente hedonista, estando sempre em busca do atendimento de seus interesses particulares mais imediatos. Não é possível, pois, ignorar a natureza egoísta inerente ao ser humano, como bem destacou o economista Eric Maskin, em recentíssima entrevista concedida à revista Veja, de 26 de março de 2008:

As pessoas sempre pensam em si mesmas antes de levar em conta o bem-estar geral. Não adianta querer mudar isso. A espécie humana é essencialmente egoísta e precisa freqüentemente receber estímulos individuais para agir em prol de uma causa que transcenda o próprio raio de interesses. O prêmio ao empresário que corta suas emissões de carbono é um exemplo. Sem esse incentivo, ele estaria poluindo bem mais do que efetivamente está. O mesmo tipo de comportamento se observa em uma empresa privada. A princípio, todo mundo trabalha impulsionado por objetivos próprios, entre eles o progresso na carreira e o salário no fim do mês. A única forma de fazer um funcionário voltar-se também para os interesses da empresa é motivá-lo por meio de um conjunto concreto de benefícios extras. Não é por acaso que as companhias que implantaram políticas de reparte de lucros ou de premiação em dinheiro aos funcionários mais talentosos e esforçados tendem a superar as demais em produtividade

e lucro. Sempre digo em minhas palestras que, em um mundo tão complexo, economistas, empresários e governantes precisam saber mais sobre psicologia. Do contrário, eles vão fracassar nas tentativas de estabelecer regras e edificar instituições duradouras.

Diante disso, o Direito não deve menosprezar os instrumentos teóricos e práticos disponibilizados pela ciência econômica. O direito penal, por exemplo, parece não guardar nenhuma relação de pertinência com a Economia. No entanto, quando se observa que as penas fixadas pelo ordenamento jurídico podem ser vistas como o “preço” a ser pago pelo autor de uma conduta típica, fica claro o valor dos subsídios concedidos pela economia para o aperfeiçoamento do sistema penal do Estado. Outro exemplo interessante é a aplicação da teoria dos jogos, que demonstra que os comportamentos humanos não são totalmente determinados pela norma jurídica, haja vista que, em determinadas circunstâncias, pode ser mais racional o descumprimento do preceito legal. Assim, com o instrumental teórico da doutrina dos jogos, é possível ao legislador conciliar o lucro da empresa com o interesse público em evitar, por exemplo, danos ao meio ambiente.

É bem verdade que a Economia fixa seus estudos com fundamento no princípio da eficiência, ou seja, maior produção com menor custo possível. Assim, o princípio da justiça poderia ficar prejudicado com a prevalência absoluta daquele princípio econômico, uma vez que soluções eqüitativas seriam afastadas em prol da eficiência econômica. Entretanto, nem sempre a eqüidade pura e simples favorece o desenvolvimento social, como demonstra o economista inglês Ronald Coase, ganhador do prêmio Nobel de Economia do ano de 1991. Em síntese, esse ilustre economista demonstrou que, na ausência de custos de transação e estando garantido o direito de propriedade, as próprias partes envolvidas em um litígio podem perfeitamente encontrar a solução socialmente mais adequada, independentemente da fixação da responsabilidade civil prevista em lei, visto que as variáveis dos custos do prejuízo e da produção impedem que a lei resolva de forma eficiente a lide submetida ao juiz, como ensinam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi²:

² Direito, Economia e Mercados, página 102

Esse raciocínio um tanto abstrato pode ser ilustrado por um exemplo de George Stigler, outro economista e professor da Faculdade de Direito de Chicago, citado por Coase, que considera o caso de uma fábrica que polui um rio em que há peixes. A verdadeira questão, segundo ele, não é automaticamente penalizar a fábrica por dano ambiental, e sim entender se o que a fábrica produz, causando poluição do rio, é mais valioso que os peixes (ou não). Ou seja, será que não é mais eficiente para a comunidade em que a fábrica opera permitir que ela polua (mesmo matando os peixes do rio), uma vez que ela gera empregos, impostos etc., do que interromper suas atividades?

Observe que a resposta a esse tipo de pergunta pode ser obtida mediante a análise do que ocorreria se um mesmo agente econômico detivesse todos os direitos de propriedade envolvidos no problema. No caso, o que faria uma empresa que poluísse o rio e, ao mesmo tempo, fosse prejudicada nas suas atividades de pesca etc. pela poluição por ela causada? Se a resposta for fechar a fábrica, é porque o prejuízo da poluição supera os ganhos com a produção poluidora, e vice-versa. A situação em que as duas atividades estão sob o comando de uma mesma organização fornece um contrafactual em que o custo de negociação entre as partes é zero e os direitos de propriedade são perfeitamente definidos.

Busca-se, portanto, com este trabalho proporcionar ao leitor um enfoque econômico das decisões judiciais, ou seja, como a instituição judiciária pode contribuir para o desenvolvimento sócio-econômico do País.

3. Análise econômica do Direito e seus fundamentos jurídicos.

Dispõe o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil:

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Esse dispositivo legal bem realça que o Direito é uma ciência social valorativa, ou seja, atua de modo teleológico, buscando dar a cada um o que é seu.

Deveras, o Direito resulta da integração normativa de fatos e valores (Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale) e, como tal, é uma realidade dinâmica que advém do próprio evoluir da vida humana. Com

isso, o Direito não é só norma, como quer Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, mas fenômeno normativo que almeja o bem comum, de conformidade com as alterações dos fatos e valores sociais.

Assim, o juiz ao efetuar a prestação jurisdicional não deve atender apenas ao interesse momentâneo de uma das partes, mas sopesar o reflexo de sua decisão no meio social.

Deflui-se daí que existe estreita correlação entre o Direito e a Economia, como explica Florenzano³:

A idéia é que o Direito, como ideal de justiça distributiva que busca dar a cada um o que é seu, pode e deve pautar-se por esses mesmos critérios de eficiência, pois aqui também se trata da distribuição e da alocação de bens escassos. Ao maximizar benefícios e minimizar custos (eficiência), consegue-se a maximização da riqueza que, por sua vez, pode ajudar na maximização do bem-estar social que o fim para o qual o Direito está voltado. Afinal, mais é melhor do que menos se o problema é dar a cada um o que lhe é devido. Ou seja, se houver mais (maior riqueza), haverá mais para dar a cada um.

Verifica-se, por conseguinte, que o aplicador do Direito não pode ter em vista apenas o caso concreto sob julgamento, mas, sim, ampliar seu ângulo de visão, de forma a permitir que os institutos jurídicos, como o contrato privado, por exemplo, seja fortalecido e não enfraquecido pela miopia do julgador, que apenas enxerga o caso concreto.

Desse modo, a análise econômica do Direito encontra fundamento na própria Lei de Introdução ao Código Civil, que, aliás, não se restringe ao Código Civil, mas abrange todo o ordenamento jurídico, como diretriz a ser seguida pelo julgador na apreciação de qualquer lide.

Por outro lado, creio que a hermenêutica também deve ser inspirada pela Economia, de modo que na interpretação da norma jurídica deve-se prestigiar o princípio da eficiência econômica, ou seja, sendo possível mais de uma interpretação da lei, o juiz deverá adotar aquela que mais contribua para o desenvolvimento econômico e social do País.

³ FLORENZANO, Vincenzo D. – Sistema financeiro e responsabilidade social: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito, p. 40.

4. Papel das instituições no desenvolvimento nacional

Não é possível o desenvolvimento sustentável de um país sem a existência de instituições fortes e eficientes. A assertiva é bem ilustrada com os exemplos dos países latino-americanos, sempre entregues ao populismo político, caracterizado pelo culto à personalidade do governante (“salvador da pátria”), que é sempre mais intenso quanto maior é o vazio deixado por instituições fracas ou alheias ao interesse público.

Nesse sentido, esclarecem Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi⁴:

Em que pesem as diferenças de ponto de vista, há um amplo reconhecimento entre os economistas de que as leis, o Judiciário e o direito em geral exercem um papel essencial na organização da atividade econômica. Esse reconhecimento, ainda relativamente recente, se deu em larga medida com a melhor compreensão do papel das instituições na economia e, em especial, no desenvolvimento econômico, processo que ganhou corpo na década de 1990. North e Olson, por exemplo, apontam as instituições como o determinante mais importante (junto com políticas econômicas adotadas) do sucesso de um país em desenvolver-se. Segundo Olson, ‘qualquer país pobre que implemente políticas econômicas e instituições relativamente adequadas experimenta uma rápida retomada do crescimento’. Scully obtém evidências empíricas de que países com boas instituições são duas vezes mais eficientes e crescem três vezes mais rápido do que aqueles com instituições ruins.

Mais recentemente, o estudo de Shahid Burki e Guillermo Perry, Beyond the Washington consensus: institutions matter, publicado pelo Banco Mundial em 1997, trata da reforma das instituições em certas áreas como a financeira, a educacional e a judicial na América Latina e mostra que instituições fortes e respeitadas contribuem para o crescimento econômico. A igual conclusão chegaram Edward Glaeser, Rafael La Porta, Florêncio Lopes de Silanes e Andrei Shleifer em Do institutions cause growth? (NBER, jun. 2004), com exemplos e provas concretas da história econômica recente.

Foi com base nessa literatura que se desenvolveram os estudos que elaboram e demonstram empiricamente a influência positiva que instituições legais (aqui entendidas como o sistema de normas e o sistema Judiciário) eficientes exercem sobre a economia. Entre outras coisas, tais trabalhos

⁴ Direito, Economia e Mercados, páginas 11/13.

ênfatizam o papel das leis em alocar os direitos de propriedade de forma a minimizar o impacto dos custos de transação sobre a eficiênci a econômic a, e em definir a distribuição de renda em geral; a função dos contratos em organizar a produção por meio de mercado (em anteposição a fazê-lo hierarquicamente dentro da empresa) e em distribuir risco entre os agentes econômic os; e do Judiciário em arbitrar disputas no caso de situações não previstas em contratos (ou na lei).

Com efeito, não se pode olvidar que as instituições ocupam relevante papel de estímulo e cooperação entre os agentes econômic os, como bem retrata o seguinte trecho de matéria veiculada também na revista *Veja*, de 25/04/2007:

Ao provar que previsibilidade, estabilidade e respeito a contratos e regras são essenciais para a redução dos custos das transações, o economista inglês Ronald Harry Coase ganhou o Prêmio Nobel, em 1991. Ele demonstrou que países com sistemas judiciais deficientes acabam com a capacidade competitiva das empresas. Chamada a atuar na resolução de conflitos, cabe à Justiça a tarefa de estabelecer o clima de confiança necessário para atrair investimentos. O Brasil, diante do crescimento pífio que vem apresentando e da notória superioridade de seus competidores globais, tem como desafio livrar-se do peso de um Judiciário desacreditado. Sua ineficiência e sua corrupção acabam por inibir o desenvolvimento econômico do país. As lições de Coase devem servir como uma bússola. A limpeza do Judiciário é o norte geográfico em que o país deve mirar.

A realidade brasileira ilustra à saciedade as conclusões acima, dadas as notórias deficiências do Judiciário nacional, cujo desempenho deixa muito a desejar em termos de constituição de um poder garantidor da realização dos anseios sociais, que, aliás, é o propósito do Direito: ser meio, instrumento, para a implantação do progresso econômico e social.

O Judiciário é, então, protagonista presente em toda conduta humana, na medida em que suas decisões, que devem ser imparciais e previsíveis, contribuem para diminuir os riscos da transação, favorecendo a cooperação entre os indivíduos que se propõem a realizar algum negócio jurídico, uma vez que o juiz passa a ser um agente garantidor de uma ordem jurídica economicamente eficiente.

5. O juiz: figura principal no universo jurídico

O processo se desenvolve mediante a atuação de três pessoas: o juiz, o autor e o réu. O juiz, no entanto, ocupa posição ímpar, uma vez que as atividades do autor e do réu lhe são dirigidas, ou seja, o juiz é o destinatário dos atos processuais praticados pelas partes litigantes. A ele cabe a prestação jurisdicional, daí o seu papel de destaque no cenário jurídico. Na verdade, o ordenamento jurídico tem o juiz como o destinatário final de suas normas, haja vista que estas, sendo violadas, afirmam a sua vigência e eficácia mediante o trabalho realizado pelo julgador.

O juiz cria o direito, tendo afirmado Lord Radcliffe, na convenção anual da Law Society de 1964: “*Jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?*”

Nesse sentido, Juvêncio Gomes Garcia⁵:

O juiz é, realmente, na aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto, a figura dominante no universo jurídico, uma vez que o verdadeiro direito é aquele que emana de suas decisões, de suas sentenças, ao entregar a prestação jurisdicional. É aí que o direito se faz concreto na produção de seus efeitos, traduzindo sua eficácia na norma individualizada, suscetível de execução. É ele, portanto, quem outorga o justo, personificando a justiça animada e vivente; é o mediador que restaura a igualdade e corrige a injustiça, no uso de seu poder criador. É ele que, duplamente inserido no social, como pessoa e como profissional, haure diretamente do ambiente que o envolve, todos os pressupostos ideológicos que, ao depois, deverá transportar ao nível de suas emissões decisivas, visando à diluição dos conflitos à sua órbita de resolução. Isto, principalmente no que tange ao juiz de primeiro grau, que é, sem dúvida, o verdadeiro criador do direito, uma vez que compõe a primeira linha de contato com a realidade social.

“O juiz, esse ‘ente inanimado’ de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional” (Jean Cruet).

“Não há negar a possibilidade de o juiz criar o direito. A função da sentença não é apenas a de declarar o direito já consagrado na lei, mas o de realizar a justiça, aplicando o direito legal existente ou decidindo de acordo com a

⁵ Função Criadora do Juiz, Brasília Jurídica, páginas 154/155

analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil) e aplicando a norma cabível, como se fosse o juiz o próprio legislador” (José da Silva Pacheco).

“Os principais criadores do direito podem ser, e freqüentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real ou as garantias do processo e da liberdade, emitem, necessariamente, no ordenamento jurídico, partículas de um sistema de filosofia social; com essas interpretações de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito” (Theodore Roosevelt).

Assim, a força criadora do direito deve emanar de juízes movidos por novos paradigmas, ou seja, o magistrado não deve ser aquele mero tecnocrata centrado somente no seu mundo jurídico, como se o seu universo profissional não tivesse nenhuma relação com as demais realidades da vida humana. O juiz do terceiro milênio não pode mais ficar reduzido à sua “torre de marfim”, mas sim desenvolver o seu nobre ofício em sintonia com os anseios populares. É preciso que o juiz tenha visão multidisciplinar e se preocupe com os reflexos de suas decisões no meio social, em particular no que diz respeito à economia, porque o direito tutela primordialmente o “ter”, a realização da justiça material, que é a preocupação crônica dos países que integram o denominado “mundo em desenvolvimento”.

A necessidade de mudança da mentalidade do julgador é bem destacada na seguinte crítica feita pelo Desembargador Alberto Silva Franco, do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Há mais de uma década, discute-se em nível de Congresso Nacional a reforma do Poder Judiciário: a necessidade ou não da existência de órgão de controle externo; a proposta de súmulas vinculantes ou de súmulas meramente impeditivas de recursos; a federalização ou não das hipóteses de graves violações de direitos humanos; a questão do período de quarentena, em relação ao magistrado aposentado ou exonerado; o combate ao nepotismo; a maior democratização interna; a transparência nos procedimentos de escolha para os cargos diretivos. Tudo isso e outras questões de significado menos relevante estão sendo objeto de acalorados debates. Só não se questionou até agora o principal protagonista do Poder Judiciário: o juiz.

Teria ele — por seu embasamento universitário, pela forma como foi recrutado, pela perspectiva com que encara seus próprios conhecimentos, pela maneira como exercita o seu poder de julgar, pelo modo como age em relação a seus iguais — condições de exercer adequadamente, na atualidade, a sua função? Ou o perfil do juiz atual não se acomoda mais ao modelo exigido por uma sociedade de economia globalizada, dependente, em alta medida, de novas tecnologias que alargam a massificação e a exclusão dos segmentos sociais mais frágeis? O confronto entre o juiz da atualidade e o juiz desejável na sociedade pós-moderna dá a medida exata do nível de transformações exigíveis para um novo padrão de juiz. E se nada for construído nessa direção, não há reforma judiciária que possa ter sucesso e, mais do que isso, que tenha legitimação e validade.

O juiz de hoje é o resultado final de uma formação universitária que desemboca numa petrificante postura positivista, de um sistema de recrutamento que privilegia a cultura normativista; de uma visão compartimental de suas atividades; de uma compreensão burocrática dos feitos submetidos a seu julgamento, e de uma conduta insegura e corporativa.

A formação universitária é dominada por um processo de aprendizagem legalista que despoja o estudante de todo poder crítico e não lhe dá margem para desenvolver a capacidade criativa. A idéia-chave é a de que a lei funciona como um paradigma sagrado e insubstituível, porque tem a capacidade de equacionar e solucionar todos os conflitos. O recrutamento dos juizes, por sua vez, é feito entre pessoas que já introjetaram esse modo de pensar. Mas o que é pior: nos concursos públicos, não interessa a visão que o candidato tenha do mundo ou da sociedade na qual será inserido, mas apenas os seus conhecimentos técnico-jurídicos, avaliados com freqüência por meio de testes de memorização.

Não causa, portanto, surpresa que o juiz, modelado segundo padrões positivistas, não passe de um burocrata, de um temeroso respeitador de formas, de um seguidor obstinado e compulsivo de regras porque elas simplesmente existem e, por isso, têm validade formal.

É ele a boca repetidora; é ele quem exerce a função de salvador da lei. A submissão à lei é de tal ordem que, mesmo quando ela se mostre em flagrante colisão com o conteúdo material da Constituição, é dever do juiz preservá-la a qualquer preço. Além disso, o juiz atual está satisfeito com os seus conhecimentos e prescinde da influência e da comunicação de outros saberes.

O Direito, enfim, lhe basta; a realidade, em sua dinâmica mudança, é incorporada seletivamente na medida do interesse do juiz. Fora dele, nada importa: é de uma indiferença total. "O direito é autônomo, portanto, molda a sociedade e a sociedade responde, nada mais do que isso. A sociedade é

um dado" (Boaventura de Souza Santos. "Que formação para os juízes nos dias de hoje", *Revista do Ministério Público, Lisboa, nº 82, abr.-jun., 2000, pp. 7-25*). A inapetência por outros saberes e a decorrente incapacidade de construir uma adequada comunicação interdisciplinar conduzem o juiz atual a uma posição solitária e pretensiosa; enfim, a uma atitude de superioridade, de quase soberba.

Esse modelo-padrão de juiz faz "uma gestão burocrática dos processos", sobrepondo "a circulação à decisão — o chamado andamento aparente do processo"; dá preferência "às decisões processuais em detrimento de decisões substantivas". Bem por isso, esse juiz formalista "conhece bem o direito e a sua relação com os autos, mas não conhece a relação dos autos com a realidade. Não sabe apertar e espremer os processos até que eles destilem a sociedade, violação de direitos humanos, pessoas a sofrer, pessoas com fome".

O que o seduz não é a qualidade da Justiça, mas sim a sua quantidade. "A qualidade não está na agenda política. Está apenas a quantidade, a morosidade, a ineficácia, as prescrições. São sempre indicadores quantitativos" (Boaventura de Souza Santos, *op. cit.*, pp. 17-20). Por fim, o juiz atual, sob o domínio de aparente auto-suficiência, vê crescer, em seu íntimo, o insopitável sentimento de insegurança que só consegue ser compensado por meio de duas distintas estratégias. De um lado, pela reunião com seus iguais, formando uma corporação — carreira hierarquizada, na qual cada integrante é inimigo potencial do outro —, que se sustenta fundamentalmente, não na concordância de objetivos mas na defesa de privilégios corporativos comuns e de um posicionamento judicial falsamente apolítico.

De outro lado, os sinais externos (arquitetura grandiosa dos prédios, a suntuosidade das salas dos tribunais, as vestes talares, o estrado, o linguajar específico, etc.), que sacralizam os rituais da justiça, servem para pôr à distância o homem comum, livrando assim o juiz da insegurança que o perturba.

De tanto girar em torno do eixo do direito positivo, o juiz acaba por alongar-se da realidade exterior, como se direito e sociedade fossem dois corpos estranhos, como se o direito não fosse um fenômeno social vinculado à própria sociedade. O juiz atual não reflete mais a sociedade em que vive, na medida em que constrói, numa perigosa atitude autista, a sua própria realidade.

É ele o único habitante de seu mundo particular e como não convive com os que vivem na sociedade, torna-se "presa fácil de idéias dominantes porque não tem idéias próprias sobre isso. Aliás, segundo a cultura dominante, não tem que as ter; tem é que aplicar a lei. Obviamente que, não tendo idéias próprias, tem que ter algumas idéias, mesmo que pense que não as tem.

São as idéias dominantes" que "são as idéias de uma classe política muito pequena, de formadores de opinião também muito pequena, e de uma grande concentração dos meios de comunicação social. E é aí que se cria um senso comum muito restrito no qual se analisa a realidade" (Boaventura de Souza Santos, op. cit., p. 18). O juiz apolítico é, em verdade, o mais político de todos porque, a pretexto de não se envolver em nada, revela-se um mantenedor do status quo, ou seja, da ordem hegemônica.

É evidente que este perfil de juiz — que não passa de um retrato em largas pinceladas da cultura normativista, tão cultivada no País, e que se mostra até injusto em relação a tantos juízes que corajosamente repelem esse posicionamento — não tem condições de sobreviver numa sociedade dominada por transformações econômicas, sociais e da própria estrutura estatal.

A globalização, o crescente nível de desigualdades e de exclusão social, as tensões entre o Estado-nação e a economia transnacional, as novas formas de criminalidade, as violações dos direitos humanos não apenas pelo Estado, mas também pelos agentes privados, são alguns dos fatores que determinam a necessidade da montagem de um novo protótipo de juiz.

Sua preparação para o exercício dessa função parte, antes de tudo, da rejeição de uma visão segmentada da realidade. Direito e sociedade não vivem apartados: estão no mesmo lugar. Por isso, é necessário que o novo juiz esteja sensibilizado pelo questionamento social. A apreensão da realidade social, a percepção de que lida, antes de tudo, com conflitos e não com consensos, e a compreensão de que o processo não é um monte de papéis, mas representa a expectativa, a pretensão, a tutela ou a proteção de um ser humano concreto, de carne e osso, permitirão que o juiz tenha uma perspectiva do mundo menos estamentada e corporativa e bem mais democrática.

Essa cosmovisão deve ser acompanhada de uma captação de conhecimentos que não se circunscrevem à área do Direito. Economia, Sociologia, Política, Psicologia, Antropologia, Bioética, Criminologia e assim por diante, tudo isso deve tirar o juiz de seu isolamento imperial para levá-lo a uma compreensão facetada da realidade social. Cultura judicial, sim, mas sempre acompanhada de cultura geral porque ambas devem conviver na mesma figura humana.

Com esse tipo de formação, será possível desenhar o novo perfil do juiz, em condições de atuar na sociedade de exclusão social. Só esse juiz, com a mudança radical de sua maneira de perceber e de compreender seu papel na complexa sociedade atual, terá condições de com o grau necessário de efetividade, obstar as vulnerações dos direitos humanos.

A Reforma do Poder Judiciário não surtirá nenhum resultado palpável; não transformará coisa alguma; não retirará o sistema judicial de seu

protagonismo negativo; não servirá para nada se não construir um novo paradigma de juiz. Se não houver uma profunda reformulação do ensino jurídico; se não ocorrer a mudança radical da forma do recrutamento, da formação e da seleção do juiz; se não forem dominadas as resistências do juiz ao conhecimento multidisciplinar; se não tiver ele a compreensão humana dos processos submetidos a julgamento; se não adotar uma postura democrática, vencendo o corporativismo e a insegurança pessoal, não há esperança alguma para sua sobrevivência como figura central na estrutura da sociedade pós-moderna. O modelo do juiz atual está esgotado: não há nada que possa salvá-lo. Morreu de morte morrida. Urge criar um novo padrão para um mundo de tantas tensões e tão profundas rupturas.

6. O juiz e a teoria econômica de Adam Smith

Nos dias atuais constata-se que o mundo tende a adotar os ensinamentos dos economistas clássicos, que restringem o papel do Estado na economia, ficando a sua atuação circunscrita a assegurar o cumprimento dos contratos e proteger a propriedade privada.

Assim, o juiz não deve intervir na economia nacional, buscando realizar “justiça social”, sob pena de o Brasil ficar com mercados debilitados e alijado do mercado internacional.

O Judiciário, portanto, precisa ter atuação apenas secundária nas questões econômicas, ou seja, necessário é que a sua presença seja forte tão-somente como guardião da legalidade e da moralidade pública.

O descompasso entre o Judiciário e as necessidades da iniciativa privada significa a paralisação do desenvolvimento econômico e social do País.

Importante frisar que não se trata da defesa do neoliberalismo, mas apenas uma constatação pragmática das necessidades do mundo atual, bastando lembrar a situação da própria China, que crescentemente vem adotando postulados do liberalismo econômico como parte de seu programa de desenvolvimento. Basta dizer que a China em 2007 já tinha cento e seis (106) bilionários! (Folhaonline, de 10.10.2007).

Por outro lado, o sucesso do intervencionismo estatal pregado por John Maynard Keynes deveu-se ao *crash* da Bolsa de Nova York (1929), fato que demandou medidas excepcionais para reverter, em curto

período de tempo, a situação calamitosa que a economia americana enfrentava naquele momento histórico.

O mundo, contudo, se depara com nova realidade e desafios, que fazem com que a teoria de Smith prevaleça sobre a de Keynes.

A história do Brasil demonstra que surte melhores resultados econômicos a “*mão invisível do mercado*”, já que a “*mão invisível dos agentes estatais*” é pródiga em exemplos de malversação dos gastos públicos.

7. O juiz como gestor dos recursos públicos: exemplo na área penal.

São gastos anualmente R\$ 1,4 bilhão com a escolta de presidiários para atender audiências judiciais. Em apenas um ano, o valor das escoltas superou em 14,5% o total de aplicações do Fundo Penitenciário Nacional, que totalizaram R\$ 1,2 bilhão nos últimos seis anos, segundo levantamento realizado pelo deputado federal Otávio Leite (PSDB-RJ).

Assim, a realização de interrogatórios de presos por meio de videoconferência proporcionaria uma fabulosa economia para os cofres públicos, que poderiam muito bem ser empregadas no próprio sistema penitenciário, que tem triste fama pelas suas degradantes condições humanas.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a oitiva dos presidiários mediante videoconferência, como se confere do seguinte julgado:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Ato processual. Interrogatório. Realização mediante videoconferência. Inadmissibilidade. Forma singular não prevista no ordenamento jurídico. Ofensa a cláusulas do justo processo da lei (due process of law). Limitação ao exercício da ampla defesa, compreendidas a autodefesa e a defesa técnica. Insulto às regras ordinárias do local de realização dos atos processuais penais e às garantias constitucionais da igualdade e da publicidade. Falta, ademais, de citação do réu preso, apenas instado a comparecer à sala da cadeia pública, no dia do interrogatório. Forma do ato determinada sem motivação alguma. Nulidade processual caracterizada. HC concedido para renovação do processo desde o

interrogatório, inclusive. Inteligência dos arts. 5º, LIV, LV, LVII, XXXVII e LIII, da CF, e 792, caput e § 2º, 403, 2ª parte, 185, caput e § 2º, 192, § único, 193, 188, todos do CPP. Enquanto modalidade de ato processual não prevista no ordenamento jurídico vigente, é absolutamente nulo o interrogatório penal realizado mediante videoconferência, sobretudo quando tal forma é determinada sem motivação alguma, nem citação do réu. (HC 88914/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, j. em 14/08/2007).

Ora, além da celeridade processual e da garantia de que o preso somente seria ouvido por videoconferência na presença de seu patrono, o que torna questionável a fundamentação da ementa acima transcrita, não há no julgado nenhuma consideração de ordem econômica ou financeira, ou seja, foi totalmente ignorada a escassez dos recursos públicos vividos pelos Brasil, mormente em relação ao nosso triste sistema penitenciário.

O ideal seria decidir pela constitucionalidade da lei que instituiu a videoconferência, fazendo harmonização dos direitos e garantias da pessoa humana com o princípio da eficiência econômica, como, aliás, ocorre nos processos judiciais dos Estados Unidos da América, que comumente se utiliza de meios eletrônicos (videoconferência e monitoramento eletrônico de presos em liberdade provisória) para dar maior eficiência administrativa e econômica ao seu sistema penal. Será que por tais motivos os Estados Unidos deixam de respeitar os direitos humanos? É evidente que não.

8. Segurança jurídica e justiça

Não pode haver justiça sem segurança jurídica, como diz Miguel Reale⁶.

A segurança jurídica depende da aplicação, ou melhor, da obrigatoriedade do Direito. Miguel Reale, discorrendo acerca da obrigatoriedade ou a vigência do Direito, afirma que *“a idéia de justiça liga-se intimamente à idéia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais*

⁶ Miguel Reale, *Filosofia do Direito*. São Paulo. Saraiva, 1996

urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético” (3).

O conceito de justiça, então, está intimamente ligado à segurança jurídica. Em suma, quando se fala de justiça também se fala de segurança jurídica, ou seja, esta está contida naquela.

Os julgados precisam, pois, manter, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência. A dúvida, a perplexidade e a surpresa emanadas das cortes pátrias acarretam insegurança nos negócios e terminam por tolhê-los. Enfim, não é possível realizar o valor “justiça” sem que haja um mínimo de previsibilidade nas decisões judiciais.

Na seara tributária, são inúmeros os exemplos de grande oscilação jurisprudencial, o que causa considerável transtornos na vida empresarial do País. Questiona Cândido Rangel Dinamarco: “*a jurisprudência cria expectativa. Como ficam as pessoas que acreditam na jurisprudência?*”.

A situação chegou a tal ponto que o Ministro José Delgado, do Superior Tribunal de Justiça, entende que seria de bom alvitre que houvesse emenda constitucional em matéria tributária, determinando que mudança na legislação e jurisprudência tributária somente ocorresse a cada dez anos. Interessante transcrever o seguinte trecho de entrevista concedida pelo referido Ministro:

Valor: O STJ tem passado por freqüentes situações de mudança de jurisprudência, em especial na área tributária. Por que isto acontece?

José Delgado : Antes da Constituição de 1988, o Supremo era quem decidia matérias de litígios tributários - constitucionais e infraconstitucionais. Se nós fizermos uma avaliação deste período, o fenômeno da instabilidade jurisprudencial não era muito presente. Depois da Constituição de 1988 o direito tributário passou a ser analisado por dois tribunais superiores: o Supremo, toda vez que o direito tributário envolvia interpretação e aplicação da Constituição, e o STJ, toda vez que o direito tributário envolvia interpretação infraconstitucional. Surgiu o que estamos chamando de zona cinzenta no direito tributário: muitas questões, na aparência, são de direito infraconstitucional, mas na essência são de direito constitucional.

Valor: Mas no caso do crédito-prêmio IPI, por exemplo, ocorreu uma divergência entre o STJ e o próprio STJ. Isto também acontece...

Delgado :Exatamente. Nós tínhamos 50 decisões unânimes anteriores à mudança de posição sobre o crédito-prêmio IPI. Segundo um levantamento que fiz, 27 ministros se pronunciaram sobre o assunto no mesmo sentido, entre os que se aposentaram e foram substituídos.

Valor: Então a jurisprudência é ameaçada por duas instabilidades: aquela resultante da divisão de tarefas entre o STJ e o Supremo e a resultante da mudança de posição dos próprios ministros?

Delgado : E isso sem nenhuma mudança na legislação e nem movimentos sociais e econômicos que determinassem uma nova configuração interpretativa. Sem a ocorrência desses fatores modificativos, esta mudança jurisprudencial afeta o chamado princípio fundamental da segurança jurídica.

Valor: Está havendo pouco respeito a esse princípio?

Delgado : No meu entender, com o máximo respeito aos meus pares, está havendo uma tendência crescente à violação do princípio da segurança jurídica. Nós não podemos perseguir uma jurisprudência perfeita, até porque é algo impossível de se concretizar. Nós devemos sempre considerar que a jurisprudência é obra do homem, e o ser humano se submete a emoções, influências, transformações, defesa dos seus ideais... Então inevitavelmente há impurezas nas decisões jurisprudenciais.

Valor: O sr. não acha que neste caso o Poder Judiciário está provocando um dano à sociedade, que seria indenizável?

Delgado : Se eu responder afirmativamente à sua pergunta, estou me comprometendo com a tese futura da chamada responsabilidade civil. Eu me recuso a responder, não obstante digo que tenho muita simpatia pelo tema. A tese é provocante e merece uma análise muito acentuada. Será que as empresas que tiveram prejuízos em face desta mudança jurisprudencial em decorrência do exercício de uma atividade do poder jurisdicional podem promover ações de responsabilidade civil contra o Estado? Deixo a resposta para os outros...

Some-se a isso a insana produção legislativa na área tributária, que praticamente impossibilita o cumprimento das normas

tributárias pelas empresas. O Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) apurou que entre os anos de 1988 e 2004 foram feitas quase 220 mil normas tributárias, o que dá uma média de 55 novas regras por dia útil. Exemplo notório é a Cofins, que nem os técnicos da Receita Federal entendem a sua intrincada normatização, como noticiado pela imprensa.

Diante desse quadro caótico, a jurisprudência deveria atuar como elemento de estabilização e racionalização normativa, mas sua oscilação constante não permite ao contribuinte escapar do inferno tributário institucionalizado no País.

É preciso, pois, que a jurisprudência pátria se transforme em fonte de confiança para o contribuinte, ou seja, que nossos Tribunais sejam contrapeso à instabilidade normativa nacional. Do contrário, o princípio da segurança jurídica não vigorará nos julgamentos realizados pelo Poder Judiciário e, conseqüentemente, a insegurança jurídica persistente tolherá o crescimento econômico do País.

9. Súmula vinculante: esperança de segurança jurídica

A Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe novidade para o texto constitucional, acrescentando o art. 103-A, que tem a seguinte redação:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Nota-se, então, que o legislador se inspirou no *stare decisis* do direito anglo-saxônico, que vincula o juiz aos casos anteriores já julgados (*leading cases*). Assim, havendo a mesma razão de decidir, deverá valer a mesma solução judicial.

Entendo que a súmula vinculante pode ser valioso instrumento para desafogar o Judiciário, na medida em que evita a repetição de milhares

de ações com a mesma causa de pedir, fato que ocorre comumente quando o réu é a União, Estados e Municípios e suas respectivas entidades da administração indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Além disso, confere certeza jurídica às decisões judiciais, aumentando a nossa combatida segurança jurídica.

É bem verdade que, à míngua de sanção administrativa, o juiz poderá ignorar a súmula vinculante. No entanto, provavelmente serão poucas as hipóteses em que os juízes irão desafiar a autoridade da súmula vinculante, porquanto sua decisão será inevitavelmente reformada na instância superior. De outro lado, os juízes não apreciam ver suas decisões reformadas. Assim, a tendência será o juiz prestigiar a súmula, ainda que fazendo ressalva do seu ponto de vista divergente na fundamentação da sentença ou de seu voto.

Como dito, a súmula vinculante é instrumento processual inspirado nos sistemas jurídicos baseados no *Common Law*, onde os precedentes judiciais têm fundamental importância na questão da previsibilidade das decisões judiciais.

Portanto, a súmula vinculante é instituto jurídico-processual estranho à nossa cultura jurídica e somente o tempo nos habilitará a julgar a sua serventia e adequação aos fins a que ela se propõe.

10. Direito de propriedade.

O direito de propriedade é certamente a base do desenvolvimento econômico, visto que é da natureza humana não dar valor àquilo que não pertence a ninguém. É a denominada “tragédia dos comuns”, bem representada pela devastação dos oceanos, florestas, rios etc. O mesmo pode se dito em relação aos bens públicos, que têm duração bem inferior aos bens particulares. Tal ocorre porque o ser humano ainda é uma criatura marcadamente egoísta, que tende a cuidar somente de seus bens.

Dessa forma, o direito de propriedade é a base sobre a qual é construída toda a estrutura de desenvolvimento econômico e social. Com efeito, começa nas famílias o financiamento de toda empresa. É na propriedade familiar que as pessoas buscam a realização de seus sonhos.

Além disso, em regimes que não garantem a propriedade privada, há verdadeira fuga dos investimentos estrangeiros, pois nenhum agente econômico irá colocar em risco o seu patrimônio em local que não garante o retorno de seus investimentos. Naturalmente, estes serão direcionados para países que melhor protegem o direito de propriedade.

Todos se lembram da verdadeira catástrofe que foi o confisco dos ativos financeiros realizado pelo Governo Collor e a insegurança gerada no meio social a partir de então, fato que levou candidatos à Presidência em eleições posteriores àquele Governo a ter que asseverar que não mais haveria retenção de depósitos bancários em sua administração.

De outro lado, podemos aquilatar a importância do direito de propriedade na regra de ouro dos banqueiros, que diz que nunca se deve enganar os seus clientes, já que o sistema bancário é baseado na fidúcia, ou seja, na sua credibilidade. Uma vez perdida esta, é extremamente custoso e longo o prazo para novamente conquistar a confiança da população.

Por sua vez, não basta que o direito de propriedade esteja legalmente estabelecido. Mister que seja assegurado na prática, mediante a atuação eficiente do Estado, mormente do Judiciário, de onde deve emanar decisões socialmente eficientes e eficazes, reprimindo atos que infirmem o direito de propriedade, mormente no âmbito contratual, sede natural do comércio de bens e serviços. Necessário, assim, que o Judiciário emita sinais tranquilizadores para os proprietários, reprimindo atentados ao patrimônio dos indivíduos, quer originários do Estado ou dos particulares.

11. Função social da propriedade.

Em razão do surgimento do Estado Social de Direito, o direito de propriedade passou de absoluto a relativo, tendo mesmo a Constituição Federal dito em seu art. 5º, XXIII, que “*a propriedade atenderá a sua função social*”.

Com isso, o Poder Constituinte deu ao direito de propriedade nova fisionomia, como forma de harmonizar a propriedade e o interesse público.

No entanto, em que pese a boa intenção do legislador, a função social da propriedade, se não for bem equacionada, pode gerar injustiças e prejudicar o desenvolvimento nacional. Isso porque é sempre possível dar ao conceito “função social” qualquer matiz. Por exemplo, num exemplo exagerado, o legislador poderia determinar que o automóvel somente atenderá à sua função social se circular com a sua lotação completa, tornando passível de apreensão os veículos que estejam circulando somente com um passageiro. Ora, é óbvio que tal legislação hipotética teria o condão de fazer cair drasticamente a venda de carros particulares, ocasionando o fechamento de fábricas e a extinção de milhares de vagas de trabalho no setor automobilístico.

Com isso, não é difícil constatar que a função social da propriedade constitui a juridicização de uma questão política, haja vista que se trata de transferir para o jurídico a concepção política da propriedade, que terminará variando conforme a concepção ideológica da propriedade que cada magistrado possuir. Enfim, a função social da propriedade pode se tornar elemento interpretativo apto a gerar considerável insegurança jurídica, pois é elemento interpretativo aberto e maleável, que confere multifária fundamentação à decisão judicial.

Diante disso, melhor seria que a função social da propriedade não integrasse o próprio conceito jurídico de propriedade.

Deveria o texto constitucional apenas ter garantido o direito de propriedade, deixando para a legislação infraconstitucional a regulação do abuso do direito de propriedade (propriedade improdutiva, lesão ao meio ambiente, direito de vizinhança, plano diretor municipal etc).

Outra ameaça ao direito de propriedade é a criação do Imposto sobre Grandes Fortunas, previsto no art. 153, VII, da Constituição Federal. Realmente, além da indefinição do que seja “grande fortuna”, o imposto incidiria sobre a propriedade pura e simplesmente, desestimulando o aumento da riqueza pelos indivíduos. A renda é que deveria ser tributada e não a propriedade consolidada em um indivíduo ou empresa.

Na verdade, melhor se combateria a concentração de renda se houvesse uma verdadeira reforma na distribuição dos gastos públicos. Deveras, no Brasil a maior parte dos benefícios sociais se destina à classe

média e aos ricos (relatório do Programa das Nações Unidas no ano de 2000).

Além disso, importantíssimo fator para o crescimento econômico e desconcentração de renda é o investimento na educação, que disponibiliza ao mercado pessoas qualificadas para o exercício de profissões especializadas e aptas ao desenvolvimento tecnológico. Assim, mais eficiente e sensato seria empreender esforço para agregar valor aos produtos brasileiros, mediante a adoção de políticas públicas em educação.

Desse modo, o juiz brasileiro deve ter a consciência da importância do direito da propriedade privada para o desenvolvimento nacional, evitando a adoção de decisões que prejudique o direito de propriedade, a pretexto de promover a sua “função social”.

12. Contrato e crédito privado

O contrato é a expressão visível da autonomia da vontade, ou seja, instrumento mediante o qual as partes corporificam o poder negocial que lhes é dado pela ordem jurídica, como ensina Pablo Estolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁷:

Trata-se, em verdade, da espécie mais importante e socialmente difundida de negócio jurídico, consistindo, sem sombra de dúvidas, na força motriz das engrenagens socioeconômicas do mundo.

Realmente, a força motriz dos contratos está em ser o meio jurídico utilizado para garantir o cumprimento do pacto firmado pelas partes, ou seja, é a certeza da segurança jurídica que dá aos estipulantes o incentivo de pôr o seu patrimônio como objeto da avença.

Além do mais, ambas as partes buscam auferir ganho com o resultado da contratação, fenômeno que propicia o aumento da riqueza da sociedade.

Daí é fácil perceber a estreita relação entre a oferta de crédito e o instrumento de sua veiculação: os contratos.

⁷ Novo Curso de Direito Civil, 1ª edição, página 1.

Com efeito, somente num ambiente jurídico que privilegie a garantia dos contratos será possível pensar na promoção da oferta creditícia, indispensável para proporcionar ao sistema econômico os meios financeiros necessários ao incremento da produção de bens, serviços e inovações tecnológicas.

Infelizmente, o brasileiro não dispõe de crédito suficiente. De fato, a indigência de crédito no Brasil foi bem retratada com dados do Banco Mundial publicados no artigo “O Grande Salto”⁸, onde se registra que o Brasil tem um dos piores níveis de crédito em relação ao PIB (35 %), comparado a nível de crédito da Índia (37 %), Coréia do Sul (98 %), China (141 %) e EUA (250 %). O México ficou com um crédito menor ainda de 17% do PIB.

Em parte, essa anomalia se deve ao Judiciário, que não tem tido êxito em desempenhar uma atividade jurisdicional célere e racional.

A morosidade da justiça brasileira chega a ser antológica, dada a ampla possibilidade de eternizar os conflitos de interesses, com seus variados recursos e instâncias de julgamento. Por outro lado, grande incerteza medra em relação ao resultado da prestação jurisdicional, uma vez que não são raros os processos que tramitam por anos nos escaninhos da justiça e terminam sendo extintos sem resolução do mérito e, quando logram julgar o mérito da causa, o resultado não é previsível, porquanto há grande vacilação da jurisprudência pátria sobre os mais diversos temas.

Some-se a isso o mau uso do Judiciário pelas próprias partes, que, muitas vezes, utilizam os serviços judiciais para adiar o pagamento de seus débitos, contando com a morosidade da Justiça. O seguinte quadro é bastante ilustrativo:

Freqüência com que diferentes partes privadas recorrem à justiça para postergar o cumprimento de obrigações, por área do direito:

Esfera da Justiça	Muito freqüente	Algo freqüente	Pouco freqüente	Nunca ou quase nunca ocorre	Não sabe/sem opinião	Não respondeu
Trabalhista	25,4	18,6	20	18,8	12	5,3
Tributária federal	51,3	23,5	6,1	1,8	11,9	5,5

⁸ Veja, edição 1934, ano 38, n. 49, de 07/12/05.

Tributária estadual	44,7	27,8	8,0	1,3	12,3	5,9
Tributária municipal	40,1	25,9	11,9	2,4	13,4	6,3
Comercial	24,8	34,5	16,5	3,1	14,2	6,9
Propriedade Industrial	8,1	17,5	29,3	9,2	27,8	8,1
Direitos do Consumidor	8,6	17,5	33,5	21,3	13,4	5,7
Meio Ambiente	8,1	17,9	29,8	20,0	17,9	6,2
Inquilinato	20,2	30,8	22,4	8,0	11,7	6,9
Mercado de crédito	32,7	27,5	13,8	3,8	15,9	6,3

Fonte: Pinheiro (2003)

Outro ponto interessante é o abuso no uso de liminares para suspender a exigibilidade de créditos. Exemplo famoso no Brasil foi a quase extinção do crédito imobiliário privado, principalmente nas décadas de 80 e 90 do século passado, situação para a qual o Judiciário certamente contribuiu com decisões equivocadas sob o ponto de vista econômico. Sobre a matéria, é oportuno reproduzir trecho da palestra proferida pelo economista Armando Castelar Pinheiro⁹:

Na minha opinião, pela avaliação dessas pesquisas, a morosidade não é o único problema da Justiça. Acho que no mercado de crédito também são importantes a parcialidade e a falta de previsibilidade das decisões judiciais. Elas contribuem sim para elevar os spreads. Existem diferenças na interpretação da lei e politização das decisões judiciais.

E elenco três aspectos que considero que em parte contribuem para isso: 'Primeiro as leis carecem de tratamento adequado do ponto de vista econômico. As leis e as questões sendo discutidas na Justiça. Falta insumo econômico para se entenderem as conseqüências daquilo que está sendo feito para a economia.

Há duas semanas participei de um debate no Banco Central no qual se discutia esta questão e o Código Civil. A idéia da função social do contrato do ponto de vista da economia é um desastre completo. Provavelmente se o Dr. Miguel Reale Júnior tivesse discutido quinze minutos com um economista teria pensado bem melhor ao introduzir um conceito tão ambíguo, amplo e pouco definido numa lei tão importante quanto esta.

⁹ Anais do Seminário sobre Sistema Financeiro da Habitação, promovido pela Associação dos Juízes Federal do Brasil, entre os dias 11 e 12 de dezembro de 2003, em Goiânia/GO.

E entrando na mensagem que trouxe de início, acho que falta também a compreensão do magistrado sobre as conseqüências macroeconômicas das suas decisões. O magistrado foca exclusivamente naquele caso particular que está decidindo e não percebe que, quando todos eles assim procedem, afetam a economia como um todo. Como romper com isso não é uma questão trivial. Não estou dizendo que é simples, creio que precisa de muito trabalho sobre ela, mas precisa ser reconhecida para ser trabalhada. Além disso, as partes também têm culpa no processo. As partes normalmente encaminham o processo apenas discutindo as questões legais envolvidas e não informam o magistrado adequadamente sobre o fundo econômico das questões discutidas. Já tive experiências absolutamente fantásticas de conversar com magistrados e, às vezes, apontar uma questão econômica e ele dizer que nunca havia percebido aquilo, fazia sentido e deveria ser levado em consideração. Se não se informa o magistrado é demais esperar que ele saiba disso por conta própria.

Ademais, o empresário brasileiro busca de todo jeito evitar o Judiciário para fazer valer as suas pretensões. Confira:

... a empresa brasileira está organizada para evitar, de toda forma, qualquer contato com o judiciário, mesmo que isso implique perder negócios, produzir de forma ineficiente, utilizar máquinas em lugar de trabalhadores, etc. O que mostra que, em certo sentido, a reação das empresas ao mau funcionamento da justiça está tão introjetada na sua cultura, fazendo com que estas tentem manter distância do judiciário “a qualquer custo”, que estas por vezes não se dão conta do custo que isso representa para suas atividades. O judiciário afeta pouco a vida das empresas, pois elas o evitam como podem, mas é exatamente por as empresas adotarem essa postura que a economia é bastante prejudicada” (Armando Castelar Pinheiro).

Há ainda que se registrar viés ideológico que dificulta a abordagem do tema, como narra Edmar Lisboa Bacha¹⁰:

Num seminário recente entre juristas e economistas, em Gramado, RS, fiz uma apresentação arguindo que a ‘incerteza jurisdicional’ reduzia a oferta de crédito e aumentava a taxa de juros no Brasil. Nessa apresentação, o termo ‘jurisdição’ referia-se ao poder do Estado, no exercício de sua soberania, de legislar e administrar a Justiça. A ‘incerteza’ teria a ver com o temor das pessoas quanto à estabilidade e segurança do contrato

¹⁰ Prefácio do livro Direito, Economia e Mercados, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi

monetário, por meio do qual a poupança é colocada à disposição do governo e outros devedores. Esse temor seria justificado por nossa história recente, pontuada pela perda de valor dos contratos financeiros, como resultado da manipulação de índices de reajuste, mudanças de padrão monetário, congelamento de ativos financeiros, anulação judicial de cláusulas de reajuste cambial, atos normativos da Receita alterando a taxação de contratos em andamento etc. Tais interferências retratariam um viés institucional contra a aplicação financeira da poupança, ou seja, a transferência de recursos no tempo por meio de instrumentos de crédito. Teriam como conseqüências a redução da oferta de crédito e o aumento da taxa de juros.

Para a minha surpresa, a reação de um comentarista, desembargador aposentado, a essa apresentação foi declarar que ‘depois de dominar os poderes Executivo e Legislativo, os interesses econômico-financeiros agora querem apoderar-se do Judiciário’.

No meio jurídico há, assim, influência ideológica que muitas vezes dificulta a abordagem da matéria, como exemplifica pesquisa feita entre membros do Judiciário e do Ministério Público¹¹, na qual se constatou, que apenas sete entre cem membros daquelas instituições responderam afirmativamente à pergunta de que os contratos devem ser sempre respeitados, independentemente de suas repercussões sociais.

Advertem, pois, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi¹²:

Inspirado em preceitos do século XIX, nossos tribunais ainda tendem a entender e interpretar os conflitos de modo arcaico. De acordo com Wald, precisamos de uma economia de mercado inspirada com direito, e um direito que considere as regras do mercado, na exata medida em que, ‘se houver um mercado sem direito, teremos uma selva selvagem. Se, ao contrário, tivermos um direito sem o funcionamento do mercado, haverá a paralisação do país, e não haverá desenvolvimento’. Além disso, segundo esse autor, o velho brocardo fiat justitia, perat mundus (faça justiça ainda que o mundo pereça) não pode se sobrepor à custa da existência dos mercados e da economia: ‘(...) de nada adianta, pois queremos que a justiça prevaleça para que o mundo sobreviva, se desenvolva e progrida’.

Dessa forma, inevitáveis incompreensões vêm à tona quando se pretende analisar o direito sob a ótica da economia, mas por isso mesmo

¹¹ Direito, Economia e Mercados, página 7.

¹² Idem, página 5.

é urgente a tarefa de esclarecer os aplicadores do direito sobre a relevância de se aplicar os conhecimentos obtidos pelas ciências econômicas no dia-a-dia do operador do direito, como forma de corrigir a grave retração de crédito sofrida pelo Brasil.

13. Função social do contrato

O Código Civil estabelece:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Não se pode conceituar a função social do contrato, visto que se trata de um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que pode, assim, ter variadas acepções, daí o perigo de a função social do contrato ser fator de incremento da insegurança jurídica e da incerteza da validade do crédito nele especificado.

Melhor explicando, o juiz, almejando proteger a parte hipossuficiente, pode terminar por enfraquecer a proteção ao crédito. Por exemplo, o juiz, ao apreciar lide versando sobre financiamento imobiliário, confere ao princípio da função social dos contratos o papel de garantir ao mutuário a aquisição do imóvel a qualquer custo, entendendo que, assim decidindo, estará dando eficácia ao direito à moradia, previsto na Constituição Federal (art. 6º).

O economista Armando Castelar Pinheiro¹³ destaca os seguintes dados extraídos de pesquisa feita no âmbito do Poder Judiciário:

A “politização” também resulta, como observado acima, da tentativa de alguns magistrados de proteger certos grupos sociais vistos como a parte mais fraca nas disputas levadas aos tribunais. Os próprios magistrados freqüentemente se referem a esse posicionamento como refletindo um papel de promover a justiça social que cabe aos juízes desempenhar, como discutido na seção 2. Para examinar a relevância desse fator perguntou-se aos juízes se, levados a optar entre duas posições extremas, respeitar

¹³ JUDICIÁRIO, REFORMA E ECONOMIA: A VISÃO DOS MAGISTRADOS - Artigo preparado como parte do projeto de pesquisa “Addressing Judicial Reform in Brazil: Institutions and Constituency Building”, realizado pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo (IDESP).

sempre os contratos, independentemente de suas repercussões sociais (A), ou tomar decisões que violem os contratos, na busca da justiça social (B), uma larga maioria dos entrevistados (73,1%) optaria por essa segunda alternativa (Tabela 5.15). Note que essa ampla maioria contrasta com a proporção elevada mas minoritária de magistrados que indicou que “o compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei” (Sadek, 1995). Duas interpretações são plausíveis para explicar esta diferença. Primeiro, que a posição dos juizes que pensam ser seu papel fazer justiça, independentemente da estrita observância das bases legais para isso, tenha crescido à medida que o debate político evoluiu nos últimos anos da consolidação da democracia para as desigualdades sociais. Segundo, que o respeito aos contratos seja, é claro, menor que às leis, até porque esta dá grande latitude ao juiz na hora de julgar a aplicação de um contrato, ficando esta muito dependente da cultura prevalecente na magistratura que, a julgar pelos resultados da Tabela 5.15, valida esse tipo de atitude.

Prossegue o mencionado economista mais adiante em seu estudo:

A não-neutralidade do magistrado tem duas conseqüências negativas importantes do ponto de vista da economia. Primeiro, os contratos se tornam mais incertos, pois podem ou não ser respeitados pelos magistrados, dependendo da forma com que ele encare a não-neutralidade e a posição relativa das partes.

Isso significa que as transações econômicas ficam mais arriscadas, já que não necessariamente “vale o escrito”, o que faz com que se introduza prêmios de risco que reduzem salários e aumentam juros, aluguéis e preços em geral. Segundo, ainda que, como colocado na pesquisa de VCMB (1996), a magistratura não esteja “comprometida com a representação de interesses”, a não-neutralidade do magistrado significa que este se alinha claramente com os segmentos sociais menos privilegiados da população: entre o inquilino e o senhorio, ele se inclina a favor do primeiro; entre o banco e o devedor, ele tende a ficar com o último, e assim por diante. Isso faz com que, nos casos em que essa não neutralidade é clara e sistemática, esses segmentos menos privilegiados sejam particularmente penalizados com prêmios de risco (isto é, preços) mais altos, ou então simplesmente aliados do mercado, pois a outra parte sabe que o 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 buscava proteger que se tornam as mais prejudicadas por essa não-neutralidade.

Portanto, pode-se concluir que a melhor aplicação da função social do contrato deve partir do método indutivo, isto é, deve o julgador estudar o caso concreto e posteriormente avaliar o impacto de sua decisão nos contratos atuais e futuros, evitando causar danos ao mercado de créditos privados, que, como todo mercado, não deixa de levar muito a sério as sinalizações negativas emanadas do Estado.

Eis a seguir a transcrição de ementa de julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que certamente tem o condão de emitir sinais de perigo para a microeconomia do País:

AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATOS BANCÁRIOS. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à espécie (art. 3º, § 2º, e Súmula nº 297 do STJ). É possível a revisão judicial de contrato bancário quando uma ou mais de suas cláusulas estejam a infringir normas de ordem pública e de interesse social (arts. 1º, 6º, inc. V, e 83, todos do CDC). Possibilidade de revisão judicial de contratos anteriores em decorrência de abusividades (Súmula nº 286 do STJ). Juros compensatórios mantidos, conforme pactuados. Capitalização anual dos juros (Súmula nº 121 do STF, art. 4º do Decreto nº 22.626/33 e precedentes desta Corte e do STJ). Mora. Os encargos moratórios são devidos em razão da inadimplência, pois a parte-devedora não consignou em juízo os valores tidos como incontroversos (art. 334 do atual Código Civil). Juros moratórios. Incidência da taxa de 1% ao mês. Multa contratual. É de 2% o percentual da multa contratual (art. 52, § 1º, do CDC e Súmula nº 285 do STJ). Redução e/ou exclusão da multa convencional. Inexistência de postulação na petição inicial. Sentença ultra petita. Determinada a retirada deste item do comando sentencial. Comissão de permanência: encargo que descabe revisar, porque não pactuado entre as partes, razão por que não poderá incidir sobre a dívida. Compensação de valores pagos a maior. Admissibilidade. Repetição de indébito. Após feita a compensação, cabível a devolução dos valores indevidamente pagos, a ser feita de forma simples, pois não demonstrada má-fé por parte do credor (art. 42, parágrafo único, do CDC e Súmula nº 286 do STJ). Apelações parcialmente providas. (Apelação Cível Nº 70015599145, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 29/08/2007).

Podemos ainda exemplificar com o caso dos financiamentos da soja no Estado de Goiás. A revisão judicial de tais contratos agrários teve conseqüências danosas nos financiamentos posteriores. O que ocorreu foi o seguinte: o financiamento foi feito com capital privado dos negociadores (*traders*), que compravam antecipadamente a soja do produtor, que, assim, auferia o capital necessário para realizar o plantio daquele produto. No entanto, a soja foi repentinamente valorizada, o que fez com que os produtores entrassem com ações judiciais de revisão de contrato. Diante disso, o Tribunal de Justiça de Goiás acolheu a pretensão dos produtores de soja, com fundamento na função social do contrato, conforme se verifica dos seguintes arestos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. COMPRA E VENDA DE SOJA. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. LESÃO ENORME. ONEROSIDADE EXCESSIVA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA EQUIVALÊNCIA CONTRATUAL. RESCISÃO. POSSIBILIDADE. NOS CONTRATOS DE EXECUÇÃO CONTINUADA OU DIFERIDA, O DESATENDIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA EQUIVALÊNCIA CONTRATUAL FAZ EXSURGIR PARA A PARTE LESIONADA O DIREITO DE RESCINDIR O CONTRATO, MORMENTE SE OCORREREM ACONTECIMENTOS EXTRAORDINÁRIOS E IMPREVISÍVEIS QUE TORNEM EXCESSIVAMENTE ONEROSO O CUMPRIMENTO DA PRESTAÇÃO A QUE SE OBRIGARÁ. EXEGESE DOS ARTS. 421, 422 E 478, TODOS DA LEI 10.406/02, NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA (Apelação Cível nº 79.859-2/188, 1ª Câmara Cível, TJ-GO).

VENDA A FUTURO. SOJA. PREÇO PRÉ-FIXADO. DESPROPORÇÃO DAS OBRIGAÇÕES. DISSOLUÇÃO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA. NO ATUAL ESTÁGIO DO DIREITO OBRIGACIONAL, HÁ QUE SE TER EM DESTAQUE AXIAL OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA, DA PROIBIDADE, DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO E DA REPULSA À ONEROSIDADE EXCESSIVA, DE MODO QUE, VERIFICADA A QUEBRA DESTE MICROSSISTEMA, MORMENTE EM RAZÃO DA MANIFESTA DESPROPORÇÃO DAS OBRIGAÇÕES, TAL CIRCUNSTÂNCIA IMPORTA RESOLUÇÃO DO PACTO, AO TEOR DOS ARTS. 187, 421, 422, 478 E 2035, PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E IMPROVIDA (Apelação Cível nº 82.254-

AÇÃO DE NULIDADE DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE SOJA. CERCEAMENTO DE DEFESA. JULGAMENTO ANTECIPADO. PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA CONTRATUAL. ALEGAÇÃO DE DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL. REVISÃO. POSSIBILIDADE. I - NÃO HÁ FALAR NO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA EM FACE DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, QUANDO AS PROVAS INCLUSAS AOS AUTOS SÃO SUFICIENTES PARA O CONVENCIMENTO DO JULGADOR. II - FERIDO O PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA CONTRATUAL, SOBRETUDO NO QUE TANGE À BOA-FÉ OBJETIVA, FACE AS DESPROPORÇÕES DAS OBRIGAÇÕES, FACE O CONTRATO ESTIPULAR DEVERES TÃO-SÓ AO VENDEDOR (PRODUTOR RURAL), TAL CIRCUNSTÂNCIA IMPORTA RESOLUÇÃO DO PACTO, AO TEOR DO ART. 478 DO CC, POR ESTAR VISLUMBRADA A ONEROSIDADE EXCESSIVA IMPINGIDA A UMA DAS PARTES. III - O PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA ENCONTRA-SE ABRANDADO COM A VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, QUE SEDIMENTOU O POSICIONAMENTO, FRENTE AOS PRINCÍPIOS ERIGIDOS PELA NOVA TEORIA CONTRATUAL, DOS QUAIS DESTACAM-SE: DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, DA BOA-FÉ E DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO (ARTIGOS 421, 422, PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2.036). IV - A TEORIA DA IMPREVISÃO VEM SOCORRER JUSTAMENTE ESTA SITUAÇÃO, POIS DETERMINA ADEQUAÇÃO DO CONTRATO À REALIDADE FÁTICA, PRINCIPALMENTE PARA RESTABELECER O EQUILÍBRIO DO PACTO, QUANDO OCORRER FATO SUPERVENIENTE, EXTRAORDINÁRIO E IMPREVISÍVEL, QUE INTERFERE SUBSTANCIALMENTE NA SUA EFETIVAÇÃO E PRODUZ GRANDE PREJUÍZO PARA UMA DAS PARTES. V - CABE AO JUDICIÁRIO REPELIR AS PRÁTICAS ABUSIVAS DO MERCADO PARA COIBIR PRINCIPALMENTE O LUCRO EXCESSIVO DE UM EM DETRIMENTO DO PREJUÍZO DE OUTREM, REVISANDO OU DECLARANDO NULAS AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS QUE OCASIONEM UM DESEQUILÍBRIO FLAGRANTE ENTRE OS CONTRATANTES. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA (Apelação Cível nº 91.921-2/188, 3ª Câmara Cível, TJ-GO).

O resultado desse posicionamento terminou por prejudicar os agricultores que precisavam de crédito para financiar o plantio da soja nos anos seguintes, pois obviamente os *traders* passaram a evitar operações de compra antecipada do produto em questão.

Contudo, as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são alvissareiras para a microeconomia, ou seja, emite sinais positivos para os agentes econômicos:

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordene a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo do acesso à habitação arrendada – para usar os termos da Constituição lusitana -, o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança). Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia. (RE 407.688-8, rel. Ministro Cezar Peluso, em 08/02/2006).

Admitir-se a legalidade do procedimento pretendido pelos requerentes (revisão contratual de contrato de financiamento imobiliário) implicaria o surgimento de perigoso precedente com sérias conseqüências para todo o complexo e rígido sistema de financiamento da habitação, cuja estrutura e mecanismo de funcionamento foi bem exposta por Caio Tácito [...]: “ademais, os contratos imobiliários são, no caso, parte integrante de um todo interligado, de um sistema global de financiamento que tem, como outra face, a manutenção da estabilidade de suas fontes de alimentação financeira [...]” (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – 4ª Região. Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 17.224, Relator Desembargador Federal Luiz Carlos Lugon). Quid, em relação ao argumento, de natureza econômica, de que, numa conjuntura de inflação mensal próxima de zero, os juros que excedam de 1% ao mês são abusivos? Com a devida licença, não há aí racionalidade alguma, muito menos de caráter econômico. Em qualquer atividade comercial ou industrial, o preço de venda do produto não

pode ser menor do que o respectivo custo. [...] A taxa de juros é inteiramente desvinculada da inflação. A inflação é baixa, mas o custo do dinheiro é alto [...] e não pode ser reduzido por uma penada judicial. Trata-se de política econômica, ditado por ato de governo, infenso ao controle judicial (Recurso Especial nº 271.214 do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Ari Pargendler, de 12 de março de 2003).

As palavras de Oliver Williamson, 1995, são bastante pertinentes:

Regimes que dão poucas garantias ao investimento e à contratação raramente serão capazes de fornecer garantias seguras aos direitos de propriedade intelectual. Indústrias de alta tecnologia ou que se beneficiam de investimentos duráveis e especializados irão abandonar regimes marcados por enormes inseguranças no que se refere a contratos e a investimentos – por lugares mais seguros.

Diante desse quadro, dada a notória indeterminação semântica da denominada “função social do contrato”, não deveria o legislador ter alçado conceito tão fluido em preceito normativo. Realmente, em assim fazendo, o legislador terminou prejudicando o acesso ao crédito privado, haja vista a tendência ao aumento da taxa de juros e a conseqüente retração da economia.

14. Caráter objetivo dos contratos privados

Mister considerar ainda que a índole subjetiva clássica dos contratos está em processo de superação, em razão de ser meio para a realização de operações econômicas, que favorecem a circulação e criação de riquezas. Como explica Roppo¹⁴:

O contrato não pode mais configurar-se como o reino da vontade individual, a expressão directa da personalidade do seu autor, exposto, por isso, a sofrer, de forma imediata, os reflexos de tudo quanto pertence à esfera daquela personalidade e daquela vontade; para servir o sistema de produção e da distribuição de massa, o contrato deve, antes, tornar-se, tanto quanto possível, autônomo da esfera psicológica e subjectiva em geral

¹⁴ Roppo, O contrato, p. 309.

do seu autor, insensível ao que nesta se manifesta e sensível sobretudo ao que se manifesta no ambiente social, nas condições objectivas de mercado: o contrato deve transformar-se em instrumento objectivo e impessoal, para adequar-se à objectividade e impessoalidade do moderno sistema de relações econômicas.

Não se pode ainda esquecer a advertência de Carnelutti¹⁵: “o contrato, como a propriedade, é um fenômeno econômico antes de ser um fenômeno jurídico”.

15. Justiça do Trabalho e Contrato de Trabalho

O juiz deve promover a flexibilização das normas trabalhistas, uma vez que a excessiva regulação do mercado de trabalho contribui para o aumento da informalidade, desemprego e terceirização da mão-de-obra.

Assim, as partes que celebram contrato de trabalho devem estar aptas a definir padrões e limites que vigorarão durante a vigência da prestação do serviço, evitando que o contrato de trabalho seja uma espécie de contrato de adesão, tamanha é a sua regulação, que deixa pouca margem de negociação entre as partes contratantes.

Deveras, a Constituição Federal de 1988 foi excessivamente pródiga na concessão de direitos sociais, como se verifica da redação do seu art. 7º:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

¹⁵ Carnelutti, Francesco. Como nasce o direito, pág. 15.

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXIV - aposentadoria;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Ora, diante de tão grande gama de direitos protegidos pela rigidez do texto constitucional, não é difícil imaginar que os créditos trabalhistas oferecidos no mercado fiquem diminuídos.

Como bem observou Orlando Gomes, "*não se pode contestar que uma nova ordem jurídica está surgindo das entranhas convulsionadas da sociedade contemporânea*". De fato, o Direito é a integração normativa de fatos e valores, na tão citada lição de Miguel Reale. Assim, não mais é possível que o direito de trabalho siga o mesmo padrão normativo instituído nas Constituições brasileiras de 1934, 1937 e 1946, dadas as profundas mudanças no panorama mundial, marcado pela globalização da economia.

Portanto, diante das dificuldades encontradas na modificação da legislação trabalhista, o juiz deve ter papel ativo na flexibilização das normas trabalhistas, como ilustra o seguinte artigo de José Pastore, veiculado na Gazeta Mercantil de 27.12.2001:

Na discussão da reforma da CLT, a imprensa brasileira citou exemplos de países nos quais a flexibilização teria fracassado. A Espanha é frequentemente mencionada por dirigentes sindicais; a Nova Zelândia foi indicada em uma matéria vinda da OIT (O Estado de S. Paulo em 02/12/2001).

O que dizem os fatos? A reforma de 1994 mudou a base de vários direitos trabalhistas. Eles deixaram de ser garantidos por lei e passaram a ser garantidos através da negociação e da contratação coletiva. Estão nesse caso a jornada de trabalho, a disciplina dos contratos por prazo determinado e tempo parcial.

A reforma de 1997, deu mais um passo, e reduziu os encargos sociais na contratação por prazo indeterminado. O que aconteceu? Entre 1996-99, a economia cresceu 20% e o emprego formal 13% - muito superior à média da União Européia. O desemprego caiu de 24% para 15% e os usuários do seguro desemprego diminuíram de 22% para 10% (Consejo de Ministros, Plan de Acción para el Empleo, Madrid, 2001).

A Espanha prosseguiu no processo de mudanças. Em março de 2001 a Lei no. 12 passou a incentivar o emprego dos jovens e das mulheres; introduziu uma indenização para os contratos temporários; e disciplinou os contratos por prazo indeterminado. Ao lado dessas mudanças, foram intensificadas as políticas ativas de emprego, em especial, a qualificação profissional. De um modo geral, houve um fortalecimento ainda maior da negociação coletiva.

Com tais medidas, a Espanha espera um crescimento do emprego de mais de 2% para o ano 2001 e uma taxa de desemprego de 13% que ainda é alta, sem dúvida. Mas, nenhum país da Europa conseguiu reduzir 50% o desemprego ao longo dos últimos dez anos. Esse foi um grande feito do esforço espanhol.

A Nova Zelândia é um país pequeno - menos de 4 milhões de habitantes. A economia é fortemente exportadora. Na década de 60, o País ocupou o terceiro lugar no ranking de renda per capita. Em 1990, caiu para vigésimo. O crescimento foi de 2%; a inflação, 16%; e o desemprego 11%.

Um grande programa de reformas foi implantado entre 1988-90. A última foi a trabalhista. O mercado de trabalho estava engessado por leis que garantiam o monopólio dos sindicatos nas negociações e filiação obrigatória. As negociações cobriam inúmeras empresas, muitas vezes, setores nacionais. A arbitragem era compulsória. Os laudos, arbitrais valiam para todo o País.

A "Lei dos Contratos de Emprego", aprovada em maio de 1991, remexeu todo sistema. Acabou-se com o monopólio sindical e a obrigatoriedade de filiação. Empregados e empregadores passaram a escolher entre negociações multi-empresariais ou uni-empresarial. Acabou-se com a arbitragem compulsória. Os resultados foram expressivos. O emprego e os salários aumentaram. A produtividade do trabalho subiu substancialmente. Os conflitos diminuíram (Tim Maloney, "Has New Zealand's employment contracts increased employment and reduced wages?", Australian Economic Papers, Vol. 36, dezembro de 1997).

Mas a grande mudança foi o fato da nova lei ter deixado para os empregados decidirem se desejavam negociar individual ou coletivamente com as empresas e, neste caso, com ou sem a ajuda dos sindicatos. Uma verdadeira revolução nas relações de trabalho. O que aconteceu?

É verdade que nem tudo dependeu do novo regime trabalhista. Mas, nos cinco anos seguintes, o crescimento se manteve entre 5% e 7%. O país retomou à pujança exportadora. As contratações foram simplificadas. O conflito reduzido ao mínimo. E o desemprego caiu para 6%.

No início, a maioria dos empregados se entusiasmou pela contratação individual. Mas, gradualmente, foram se dividindo. A maioria voltou-se para os contratos coletivos. E como ficaram os sindicatos nesse novo cenário?

As primeiras negociações coletivas foram feitas com pouca participação dos sindicatos, cobrindo várias empresas. Mas, aos poucos, tudo mudou. Hoje, 99% dos contratos são por empresa. E empregadores e empregados voltaram a negociar com a participação dos sindicatos. Mesmo quando a maioria dos empregados não é sindicalizada, os empregados reconhecem nos dirigentes sindicais um bom domínio das técnicas de negociação. Para muitas empresas isso também se revelou mais conveniente. Para elas, é melhor negociar coletivamente e com líderes competentes do que manter diferentes contratos individuais. Atualmente, cerca de 65% dos contratos são negociados desse jeito. Os demais, individualmente.

A nova lei recebeu um aperfeiçoamento em outubro de 2000, passando a se chamar "Lei das Relações de Emprego". O novo instituto manteve a não-obrigatoriedade de filiação e a liberdade para a realização de contratos individuais. Mas, reconhecendo a tendência da realidade, passou a exigir que toda negociação coletiva seja feita com a participação dos sindicatos sem, no entanto, exigir sua filiação àquelas agremiações. Os sindicatos passaram a funcionar como um "business", especializados em negociação. E quem decide o nível e tipo de negociação são os empregados e empregadores, garantindo-se, assim, a liberdade na contratação do trabalho.

A Lei das Relações de Emprego de 2000 tem um grande capítulo, reforçando o conceito da boa fé. Empregados e empregadores têm de ser honestos e transparentes uns com os outros. A apresentação de dados fiéis é parte mais importante da boa fé. Nenhuma das partes pode induzir a outra a erros devido a blefes e escamoteamentos. Os empregadores têm de respeitar os sindicatos quando o acordo é de natureza coletiva. Os sindicatos têm o direito de entrar nos locais de trabalho, dentro de suas atribuições. O empregador pode negar sua entrada, quando o assunto é impertinente ou intempestivo.

Apesar de arrepiar os teóricos ortodoxos do trabalhismo mundial, o sistema de relações do trabalho da Nova Zelândia constitui um dos mais eloqüentes

exemplos do exercício efetivo da liberdade e do respeito entre empregados e empregadores. É uma peça de criativa engenharia social, em pleno funcionamento, e que não pode ser ignorada pelos amantes da democracia. A reforma trabalhista da Nova Zelândia é de maio de 1991. O mercado de trabalho estava engessado por leis que garantiam o monopólio dos sindicatos nas negociações e filiação obrigatória. As negociações cobriam inúmeras empresas, muitas vezes, setores nacionais. A arbitragem era compulsória. Os laudos, arbitrais valiam para todo o País e eram mais rígidos do que a legislação.

O que aconteceu desde então? O desemprego caiu de 11% em 1991 para 8% em 1997 (Tim Maloney, "Has New Zealand's employment contracts increased employment and reduced wages?", Australian Economic Papers, Vol. 36, dezembro de 1997) e 6% em 2000. Os salários reais aumentaram 15%. A produtividade do trabalho subiu substancialmente. As contratações foram simplificadas: 99% dos contratos coletivos são por empresa, mas negociados entre empregadores e empregados, com a participação dos sindicatos. Os conflitos diminuíram. O país retomou a sua velha pujança exportadora.

As lições da Espanha e da Nova Zelândia não podem ser copiadas pelo Brasil pois, afinal, temos as nossas próprias tradições sociais, políticas e jurídicas. Mas os avanços ali alcançados não podem ser ignorados ou citados de maneira errônea. Os dois países estão se dando bem com "mais negociação e menos legislação".

Talvez a própria existência da Justiça do Trabalho seja questionável, se, com isso, for possível conferir ao trabalhador maior empregabilidade, por meio da livre fixação dos termos do contrato laboral. Certamente que, em um ambiente de crescimento econômico constante, as relações de trabalho seriam grandemente beneficiadas com o fim do assistencialismo normativo conferido pela legislação especializada.

Em tal cenário, os contratos de trabalho litigiosos seriam apreciados pela Justiça comum, como ocorre com todos os demais contratos.

16. Mercado de capitais e Judiciário

O mercado de capitais sofre com a ausência de jurisprudência consolidada e coerente, de forma que o Judiciário termina sendo usado

mais como expediente de obtenção de liminares em procedimentos de negociação entre acionistas. Ademais, o mercado de capitais ressentir-se com o fato de que o magistrado brasileiro é pouco afeito aos fatos econômicos, gerando, em consequência, o predomínio da matéria processual sobre a questão de fundo. Ademais, a dinâmica das companhias abertas não se coaduna com a lentidão da Justiça brasileira.

Além disso, irão se intensificar as lides versando sobre regulação dos mercados e livre concorrência, ocasionando a necessidade de especialização do Judiciário em tais áreas. Nesse sentido, a Vara Empresarial instituída no Rio de Janeiro de 2001 dá início a esse processo de especialização.

De outro lado, nem a instituição da arbitragem tornou mais fácil a vida dos investidores. Com efeito, a Bovespa instituiu a obrigatoriedade da arbitragem entre empresas. Nesse passo, o Judiciário não seria a única instância hábil a dirimir os litígios que surgirem no mercado acionário. Acontece que, em estudo realizado pelo Escritório Rodrigues do Amaral, publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, constatou-se que 42% das sentenças arbitrais questionadas judicialmente foram anuladas. É de se ponderar ainda que o mero acionamento do Judiciário infirma a decisão arbitral, o que termina por destruir a segurança jurídica de tal decisão.

17. O Judiciário e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) tem por missão coibir os abusos do poder econômico em matéria concorrencial, sendo última instância na esfera administrativa. Assim, estabelece o art. 54 da Lei 8.884/94, que transformou o CADE em autarquia e fixou suas atribuições:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

Acontece, porém, que as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) vêm sendo cada vez mais impugnadas na esfera judicial. De fato, de cada cinco decisões daquela autarquia duas vão parar no Judiciário. Conseqüentemente, das 155 condenações por cartel e práticas anticoncorrenciais, ocorridas entre 1994 e 2005, somente 25 foram cumpridas.

Ora, parece que o Judiciário necessita refletir sobre tais dados, uma vez que o juiz acaba sendo o agente definidor das políticas concorrenciais no Brasil.

O ideal seria que o Judiciário não se imiscuisse no mérito das decisões tomadas pelo CADE, ficando para o juiz somente a tarefa de zelar pela observância do devido processo legal no seu sentido formal, no âmbito administrativo. Do contrário, perde sentido o papel das chamadas agências reguladoras, já que estas perdem sua eficiência pelas constantes revisões judiciais de suas decisões. Exemplo marcante e amplamente noticiado pela imprensa foi a compra da Nestlé pela Garota, que ainda está longe de ter uma decisão judicial definitiva, deixando os agentes econômicos em plena perplexidade quanto à eficiência das decisões daquela autarquia.

Não se pode ignorar, contudo, que o problema reside no próprio sistema constitucional brasileiro, que assegura em seu art. 5º, XXXV, que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. Diante dessa garantia constitucional, fica difícil afastar a revisão das decisões do CADE pelo Judiciário e, dada a natureza técnica dos fundamentos destas decisões, é bastante previsível que os processos judiciais respectivos tendam a se eternizar.

18. Conclusão.

A análise econômica do Direito promete ao longo do tempo ser novo instrumento de exegese do Direito.

De fato, o Direito e a Economia não são ciências sociais estanques, pois mantêm estreita correlação na construção de um meio social economicamente mais harmônico e com menor índice de conflito de interesses entre as pessoas.

Com efeito, a justiça material é pressuposto da paz social e os juízes precisam maximizar os recursos econômicos, que são por natureza escassos. Não havendo progresso na economia do País os direitos instituídos pela Constituição Federal de 1988 não poderão ser efetivados e ficarão sendo uma quimera.

Necessário, pois, que haja uma perfeita harmonização entre o princípio da justiça e o princípio da eficiência, que norteiam, respectivamente, o Direito e a Economia.

Portanto, o juiz deve se utilizar das conclusões da Economia para elaborar jurisprudência que induza os indivíduos a adotar condutas economicamente eficientes. Daí advém a necessidade de o juiz ter os olhos voltados para os reflexos econômicos de suas decisões, mormente considerando que o mundo globalizado do século XXI exige esforço de todos para resolver o males econômicos que assolam a humanidade, fonte inegável de doenças sociais, como o terrorismo, criminalidade e fanatismos político-religiosos.

Enfim, o Judiciário deve dirimir os conflitos de interesse sempre com vistas à viabilizar a construção de jurisprudência que auxilie o Brasil a sair do subdesenvolvimento econômico e social que ainda se encontra.

19. Referências bibliográficas

BOARATI, Vasessa – Economia para o Direito, Editora Manole.

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo – Direito, Economia e Mercados, Editora Campus.

GARCIA, Juvêncio Gomes – Função Criadora do Juiz, Editora Brasília Jurídica.

GAGLIANO, Pablo Estolze e FILHO, Adolfo Pamplona – Novo Curso de Direito Civil, 1ª edição.

REALE, Miguel – Filosofia do Direito, 1996.

JUNIOR, Joel Dias Figueira – Arbitragem: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional, editora LTr, 1999.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos – Meios Alternativos de Solução de Conflitos, O Cidadão na Administração da Justiça.

FLORENZANO, Vincenzo D. – Sistema Financeiro e responsabilidade social.
Uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise
econômica do direito.