ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

UM JUDICIÁRIO EFICIENTE

AN EFFICIENT JUDICIARY SYSTEM

Luís de Freitas Júnior*

RESUMO: Contemporaneamente, há uma praxe judicial de decidir com base nos critérios de justiça do próprio juiz, em detrimento da aplicação direta da lei. Essa postura reflete um desejo de adequar a legislação à principiologia constitucional e fazer justiça social. Tal comportamento é apropriado para um momento político intervencionista, onde o Estado visa reduzir as desigualdades entre as partes. Todavia, o período atual é marcado pelo modelo neoliberal, que é caracterizado por uma menor ingerência estatal nas relações particulares. Nesse contexto, é necessário adequar a ideologia judicial com o presente momento histórico. Essa assimilação é imperiosa para criar um mercado eficiente, apto a incentivar o desenvolvimento econômico. Logo, é preciso que se tenham leis claras, que os contratos sejam fortes e que o Judiciário obrigue a cumprir as regras e pactuações. Nesse pórtico será mister limitar a atividade interpretativa do juiz, a fim de que seu subjetivismo não comprometa a segurança jurídica. O Direito não é um fim em si mesmo, contudo o Judiciário não poderá se imiscuir na função legislativa e suplantar o produto de um procedimento democrático. Destarte, uma discricionariedade judicial que não estimule o cumprimento dos acordos geraria um ambiente inseguro para a circulação de riquezas, o aumento dos custos e a consequente estagnação econômica. Assim, é preferível que se prescinda de uma equidade individual, obtida por meio do descumprimento do Direito, em prol de se alcançar uma justiça coletiva. Esse desiderato será alcançado com uma maior previsibilidade no emprego do Ordenamento.
Palavras-chave: Judiciário. Normas. Interpretação. Previsibilidade. Desenvolvimento.

ABSTRACT: Nowadays, there is a judicial custom to utter decisions based on the judgmental criteria of the judge himself, to the detriment of the application of the law itself. This position reflects a desire to make the legislation suitable to the constitutional principle and to make social justice. Such behavior is appropriate for the interventionist politics moment, in which the government aims to diminish the inequality between the parties to suit. However, the current period is marked by the neo-liberal model that is characterized by a smaller interference of the government on the private relations. In this context, it is necessary to adapt the judiciary ideology to the historical moment. This assimilation is essential to create an efficient market able to encourage the economic development. Therefore, it is necessary the existence of laws that are

* Mestrando em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Integrada do Ceará – FIC. Professor da Faculdade 7 setembro do Ceará– FA7/CE. Procurador Federal. Fortaleza – Ceará – Brasil.

easy to understand, as well as, powerful contracts and a judiciary that obligates the fulfillment of rules and agreements. This way, it is necessary to limit the interpretative activity of the judge, so that this subjective view won't compromise the judicial security. Law isn't the purpose itself; however the judiciary can't interfere in the legislative function and supplant the product of a democratic procedure. So a judicial discretionary that doesn't stimulate the fulfillment of agreements would create an insecure environment for the circulation of wealth, the increase of the costs and the consequent economic stagnation. Thus, it is preferable to do it without the individual equality for the benefit of reaching a community justice. This aim will be obtained with a better prediction on the usage of the rules.
Keywords: Judiciary. Rules. Interpretation. Predictability. Development.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo acerca da influência do comportamento do Judiciário no desenvolvimento econômico. Nesses termos, haverá uma investigação da tendência judicial de empregar interpretações que não coincidem com os textos de lei. Especificamente, referir-se-á à ingerência dos magistrados na revisão de contratos constituídos legitimamente.

Nesse espectro, haverá uma perscrutação sobre os efeitos causados pela falta da previsibilidade no Ordenamento Jurídico decorrente dessa discricionariedade dos julgadores.

A importância da discussão maximiza-se na conjuntura política atual, que se caracteriza pelo neoliberalismo. Assim, é imperioso compatibilizar a atuação do Judiciário à presente ideologia econômica. A finalidade dessa adequação é possibilitar um ambiente propício para a circulação de riquezas.

A presente pesquisa lastreou-se na legislação pátria a fim de desvendar a principiologia constitucional. Igualmente, enveredou-se na doutrina nativa e estrangeira para descobrir as tendências atuais dos institutos sociais. Ainda foi colacionada da bibliografia uma pesquisa para se aferir o pensamento dos juízes e da sociedade acerca da ingerência judicial nos acordos de vontade. Ademais, foi efetuada consulta à jurisprudência para demonstrar a atuação do Judiciário.

Essa análise tem como objetivo a reflexão sobre a existência de um resultado eficiente, em se conferir justiça ao caso concreto, mesmo que isso sacrifique a segurança jurídica. Para se chegar a uma resposta, haverá um exame de conceitos econômicos, será observado o presente contexto políti-

co e apreciar-se-ão as vantagens de um sistema judicial previsível. Em outro quadrante questionar-se-á a corrente que defende o emprego de uma justiça social nas decisões judiciais.

Espera-se com esse trabalho, que o leitor conheça um maior número de ideias acerca do tema, a fim de oxigenar as suas impressões propedêuticas. A partir daí, que se tenha consciência das influências da economia na justiça, para que ao final concilie as informações e se chegue a uma visão equilibrada do papel que os magistrados devem desempenhar na exigibilidade dos contratos.

2 DIREITO E ECONOMIA

Os ramos do conhecimento não são campos fechados em si mesmo. É necessária a oxigenação de outros valores nos meandros de cada matéria. Isso porque a realidade é multifacetária e não comporta uma visão fragmentária de seus elementos. Assim, para se conseguir uma efetiva visão global dos fatos, com vistas à modificação da realidade, é mister o manejo das ferramentas de várias searas.

Nesse pórtico, para se compreender o processo de desenvolvimento de uma sociedade há necessidade de comunicar os valores, dentre outros, do Direito e da Economia. O Direito visa à positivação de normas para realização da paz social e o alcance da justiça, com vistas a dar a cada um o que é seu. Já a Economia visa à eficiência, ou seja, a maximização dos resultados frente à utilização otimizada dos recursos escassos, com vistas a obter uma forma de alocação de recursos para gerar o bem-estar.

A crítica à Economia é que para ela atingir a eficiência, não se preocuparia em desprezar a equidade. Contudo, seus defensores argumentam que quando se consegue a eficiência, via de regra, alcança-se a equidade.

Já numa visão aplicada ao mercado, o Direito serviria como conjunto de instituições que protege as relações negociais e contribui para sua eficiência. Nesses termos, esse saber funcionaria como um indutor de comportamentos, no afã de estimular as atitudes desejáveis e que forcem seu cumprimento.

Deverá haver um amálgama entre os preceitos econômicos e o Direito, tudo num clima de equilíbrio e razoabilidade. Nesse sentido orienta o mestre Arnold Wald (Pinheiro, 2005, XXII):

> A análise econômica é importante e a introdução da noção da eficiência no direito é condição *sine qua non* no progresso econômico e da boa aplicação da Justiça. O que não se pode fazer é submeter o direito à economia. Queremos uma justiça eficiente no tempo e na qualidade, mas não uma justiça que esteja a serviço exclusivamente da economia, sacrificando os direitos individuais ou, em certos casos, afetando até o respeito dos contratos e a sua fiel execução. Entendemos que a Economia e o Direito se complementam, pois 'o direito sem o mercado é a imobilidade ou paralisia da sociedade', enquanto 'o mercado sem o direito é o caos' (Alan Minc).

3 EFICIÊNCIA E JUSTIÇA

Para a Economia, a eficiência é uma convivência ótima entre o ônus e o bônus de uma relação de troca de riquezas. Destarte, seria a situação em que se alcança maiores resultados e lucratividade.

Um 'mercado eficiente' é aquele em que todas as pessoas têm acesso às informações de forma integral e simultânea. Nesse espaço, as negociações são claras e geram uma maior efetividade nos resultados.

A ausência, a insuficiência ou a incerteza das informações conduzem a maiores 'custos de transação', ou seja, riscos e atritos do mercado que o distanciam do ideal.

O conceito de eficiência não necessariamente está identificado com a ideia tradicional de justiça individual. Há uma variedade de teorias econômicas a respeito da eficiência que merecem ser perscrutadas a fim de oxigenar os conceitos ortodoxos.

Consoante o 'teorema de Pareto' haverá eficiência sempre que alguém melhore sua situação sem que ninguém venha a se prejudicar por causa disso. É o que se chama de Pareto superior, posto que uma parte não possa perder mais e a outra continua a ganhar. Quando toda a coletividade deixa de experimentar desenvolvimento econômico, devido à revisão judicial de um contrato legítimo, embora oneroso, não está havendo uma situação Pareto superior, uma vez que o ganho do particular implicou perda para a sociedade.

Outra teoria que explica a eficiência é o 'Princípio de Kaldor Hicks',

pelo qual uma pessoa sempre pode continuar perdendo, o que importa é que as demais pessoas ganhem mais que o que a outra perdeu. Logo, se o quantitativo das pessoas que se beneficiam for maior que o daquelas que experimentaram prejuízo, haverá eficiência. Ilustra essa eficiência o caso em que não se desconstitui um contrato, mas se garante a segurança jurídica das pactuações. Assim, o particular perde um pouco, mas há crescimento da economia que beneficia a todos em maior escala.

Outro estudo que merece destaque acerca da efetividade é a 'Teoria dos Jogos'. Essa doutrina explica qual a melhor estratégia a ser tomada num ambiente em que as regras são claras, mas que não se conhece qual a atitude que será tomada pelo outro, visando a alcançar o 'equilíbrio de Nash', v. g., a situação em que, considerando a atitude da outra parte, o sujeito não saiu perdendo ou não se arrepende.

Entrevê-se a aplicação da teoria dos jogos no Direito, na relação entre credores e devedores, em relação ao cumprimento das dívidas, tendo em vista, a exigibilidade que o Judiciário conferirá às leis e aos contratos. O devedor busca saber o que é mais eficiente, se cumprir espontaneamente sua obrigação ou descumpri-la e esperar a execução judicial. A resposta será obtida a partir da obrigatoriedade que o Judiciário local dê aos contratos e às leis.

Para o 'Teorema de Coase' a parte que tem menor custo é que deve arcar com os prejuízos, independente de que esteja certa ou errada. Busca-se, com isso, a eficiência em detrimento da justiça.

Num ambiente sem custos de transação, em que todos têm acesso às informações, o Judiciário seria desnecessário, pois se chegaria a custos de produção menores se entregasse a disposição ao poder das partes e seus contratos. O erro na ideia de deixar os indivíduos regularem-se sozinhos é porque na economia não há ambiente sem atrito. Assim, a solução ótima é que o Judiciário cumpra a lei.

Da apreciação das teorias econômicas alhures, dessume-se que há uma imbricação entre o progresso econômico e a postura adotada pelo Judiciário. Logo, casos existirão em que não haverá a isonomia absoluta entre as partes, porém ocorrerá uma eficiência que beneficiará a coletividade em geral. É imperativo que o Judiciário proceda a uma amálgama entre as teorias do Direito e da Economia, e defina uma postura a seguir, a fim de proferir decisões justas e eficientes.

4 CONJUNTURA SÓCIOECONÔMICA E O DIREITO

É cediço que o Direito possui princípios universais e atemporais, que indicam um núcleo mínimo e intangível de justiça, que o caracteriza. Nada obstante, o Direito, como fruto das vicissitudes humanas, sofre influências dos momentos históricos e dos paradigmas vigentes.

Por muito tempo vigorou um sistema jurídico em que o magistrado tinha ampla discricionariedade na aplicação das normas. Esse modo de resolução dos conflitos era reflexo de um sistema autoritário onde o Estado concentrava todas as funções e não respeitava os direitos individuais.

Esse modelo foi quebrado com a Revolução Francesa, ocasião em que prevaleceu o liberalismo econômico, momento no qual havia a proteção máxima à propriedade privada, a fim de se proteger a classe burguesa emergente. Para isso foi adotado o sistema de codificação do Direito, que o considerava sem lacunas. Assim, restava diminuída a possibilidade de interpretação judicial.

A posteriori, coincidentemente às duas grandes guerras mundiais, à Revolução russa e à maiêutica da Constituição de Weimar, sobrepôs-se um Estado de bem-estar social que adota uma postura proativa, para fazer frente às iniquidades geradas e não solucionadas pelo liberalismo. Nesse diapasão, o Ordenamento é acrescido de direitos sociais e o Judiciário passa a ter uma maior margem de interpretação sobre os comandos legais, com o escopo de promover a justiça social. Nessa época, pensando na conjuntura atual do momento, escreveu Orlando Gomes (1967, p. 2-3):

> Orienta-se modernamente o Direito das Obrigações no sentido de realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos, não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão, também, de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social, aos interesses individuais de cunho meramente egoístico.
> Corrige situações injustas a que conduziu, quando imperava na órbita política e econômica, o liberalismo, dando-lhes conteúdo mais humano, social e ético. Tende, em resumo, para a socialização e a moralização, na conformidade das convicções a esse respeito dominantes.
> O Direito das obrigações elaborado no século XIX, calcado

no Direito Romano e aperfeiçoado principalmente na Alemanha, pela Escola das Pandectas, concorreu para o desenvolvimento econômico, mas legitimou abusos, ao favorecer a prepotência das pessoas economicamente fortes.

Contudo, ultrapassado o clímax dessa crise, ressurge a ideologia de diminuição do Estado e da entrega da atividade produtiva para a iniciativa privada. É a fase do neoliberalismo, em que foi dado início às grandes reformas administrativas, v.g., privatizações, abertura do mercado e desregulamentações.

Nesse contexto, a economia passa a enxergar no Judiciário, uma responsabilidade maior sobre o mercado. Ora, num contexto em que impera circulação de riquezas em nível global é mister o cumprimento do estrito sentido da lei e da fiel execução dos contratos. Só com esse ambiente de segurança jurídica e previsibilidade se conseguiria o desenvolvimento econômico.

Entretanto, contrariando a atual fase histórica, o Judiciário brasileiro assumiu uma postura mais intervencionista no cumprimento dos contratos e na interpretação da lei. Notadamente após a Constituição Federal de 1988 e a edição de diplomas como o Código de Defesa do Consumidor e do Novo Código Civil tem-se verificado uma tendência em se perquirir a justiça social, mesmo que para isso se dê novo sentido à lei ou se descumpra o negócio jurídico.

Eis o dilema enfrentado pelo Judiciário na atual conjuntura sócioeconômica. Tal questão para ser solucionada, requer uma razoabilidade na hermenêutica dos dispositivos legais. Assim, exige-se que o Judiciário adote um comportamento que propicie o desenvolvimento social a partir do modelo neoliberal vigente.

O caminho a ser seguido para se compatibilizar interesses aparentemente em conflito, será uma postura lúcida e que dê preferência a uma justiça a longo prazo e para toda a coletividade, ainda que prescinda da justiça social ao caso concreto.

5 APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA NAS QUESTÕES JURÍDICO-ECONÔMICAS

Conforme analisado, o Judiciário tem se defrontado com posições antagônicas na aplicação das normas, máxime nas relações econômicas.

Destarte, o magistrado tem-se colocado entre o dilema de conferir segurança jurídica e previsibilidade ao sistema, aplicando invariavelmente o conteúdo da lei e por outro prisma, vê-se na responsabilidade de conferir a justiça ao caso concreto, mesmo que para isso despreze a literalidade da norma e se valha de interpretação do Ordenamento Jurídico.

No âmbito da doutrina que autoriza uma maior discricionariedade do juiz, afirma-se que não se pode tratar a aplicação das normas como uma tarefa mecânica de subsunção da lei. Isto porque compor uma contenda é mais que identificar um dispositivo adequado, antes é propiciar a decisão justa àquela situação. Caso contrário, se fosse correto colar automaticamente uma regra a um litígio, não precisaríamos de juízos pensantes, mas de meras máquinas.

Friedrich Müller corrobora com esse pensamento ao afirmar:

> Por "automação" deve-se compreender a possibilidade de substituição da decisão humana pela racionalização maquinal no âmbito de sistemas mecânicos e, sobretudo eletrônicos. Entretanto, as normas de direito constitucional se prestam pouco a tal axiomatização [...]. Em outras palavras, procedimentos automáticos de aplicação do Direito fazem sentido onde a aplicação do Direito não se apresenta como concretização, mas no sentido de positivismo legalista como subsunção, como "aplicação" (MÜLLER, 2005, p. 80).

É cediço que um sistema de normas é algo coerente em si mesmo. Nesse diapasão, há regras que são direcionadas especificamente a uma determinada situação, o que redunda na sua aplicação *a priori*. Todavia, há casos concretos em que existe conflito entre um princípio e um dispositivo Nessa hipótese, os conflitos, por ventura existentes, seriam apenas aparentes, porquanto os comandos não se excluem do Ordenamento, apenas prevalecem em determinada aplicação.

A aplicação da regra ou do princípio, não indicará superioridade absoluta de um sobre o outro na generalidade dos casos, nem a exclusão de um deles no sistema. O que ocorre é a sobreposição momentânea do conteúdo de um desses comandos no caso concreto (Ávila, 2003, p. 24).

Nada obstante, contrapõe-se a essa teoria o pensamento econômico

de que não se pode dar margens a intervenções interpretativas que desvirtuem a previsibilidade do Ordenamento Jurídico.

A coesão da aplicação do Ordenamento Jurídico é uma prática que beneficia a todos, posto que se conviverá num ambiente margeado por certeza e previsibilidade. Uma larga margem de interpretação irá deslindar num sistema judicial da sorte, onde a interpretação do direito dependerá da cabeça de cada magistrado.

É preclara a premissa hermenêutica de que o interesse público deve sobrepor-se aos anseios particulares. Com isso não se quer sacrificar os interesses individuais para acastelar o comunitário. Mas, busca-se não dificultar o desenvolvimento de uma sociedade, para que ao fim e ao cabo, resulte a melhoria de vida de cada um de seus cidadãos. É a interpretação teleológica.

O ideal é que se tome como parâmetro a aplicação da norma positivada pelo legislador. Igualmente, que toda a interpretação judicial não negue a essência da norma objeto. Logo, a exceção a essa regra somente se admitiria em casos extremos.

Consiste, assim, a função da hermenêutica, numa melhor apreciação do Direito, no afã de coalizar os interesses em jogo e sistematizar a aplicação das normas de acordo com os melhores resultados que se possam alcançar.

6 JUSTIÇA SOCIAL

Em face da crise da pós-modernidade, ora vivida, tem havido um constante embate entre os fins da Economia e os do Direito. A razão da contenda é a possibilidade ou não da interpretação judicial modificadora das leis e contratos. O resultado dessa disputa ideológica é fundamental para o perfeito funcionamento do mercado. É preciso conhecer todas as teorias ainda que não se concorde integralmente com elas.

Há uma corrente que entrevê no Judiciário, um poder responsável por aplicar a justiça social, ainda que caso a caso. Essa linha de pensamento conta com grande adesão dos magistrados.

Nessa perspectiva, a lei deve ser entendida como um mecanismo para se alcançar a redução das desigualdades sociais e não apenas para imprimir comportamentos baseados na racionalidade econômica.

Argumenta-se que o emprego de uma visão mais humana sobre o Direito respaldar-se-ia na própria Constituição Federal Brasileira.

Dessa forma, aduz-se que o Brasil está constituído em um Estado Democrático de Direito, e adotou dentre os seus fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1, inc. I e II) Igualmente, determinou como objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3, I e III). (BRASIL. Constituição Federal, 1988, p. 07)

Daí infere-se que deve haver uma concordância prática entre os princípios fundamentais da Constituição e os princípios da ordem econômica. Essa ponderação de valores induz que a aplicação das leis não tem compromisso só com o mercado, mas com todos os princípios da Constituição Federal.

Daí, no caso concreto, haveria uma preponderância maior de um determinante constitucional, qual seja a redistribuição de renda. Ora, num país com a maior concentração de renda, bem como com uma grande porcentagem da população vivendo abaixo da linha de pobreza, proteger essas pessoas mais fracas, ainda que aumentando os custos sociais, estaria causando um efeito solidário.

Desse modo, não se poderia argumentar a existência de leis específicas para não aplicar a Constituição, porquanto a Carta Maior é hierarquicamente superior às leis. Consequentemente, a efetivação daquela deve ser sublimada quando suas disposições estejam em conflito com estas.

O juiz quando aplica uma interpretação constitucional estaria seguindo a norma, só que a constitucional. Essa atitude se faz necessária quando a lei ordinária não consagra os valores da Epístola Máxima.

Então, alega-se que o problema situa-se no trabalho do Legislativo, pois não positivou as leis de acordo com a CF. Por isso os juízes não precisam continuar no mesmo erro, afinal o juiz é um ser pensante e não uma máquina reprodutora de leis injustas. O que não se admite é que, por descaso de um poder, as injustiças imperem e a CF continue a ser desacatada, por inércia dos demais poderes.

Funcionaria o Judiciário como reduto de legitimidade do Direito quando o Legislativo não positivar conforme a CF. Essa postura deve ser

sublimada, máxime em face dos abusos na postura de alguns parlamentares.

Logo, não haveria que se falar em surpresa dos jurisdicionados com os julgamentos com cunho social, posto que quando uma empresa entra em um país, ela tem que saber qual a ideologia constitucional daquele Estado.

Outrossim, na defesa da ingerência judicial, traz-se a ideia de combate a uma ideologia dos grupos dominantes. A economia visa à eficiência e à aplicação ortodoxa da lei pelo juiz. Mas essa ideia vem da Revolução Francesa, em que predominava o culto ao patrimônio. É preciso se adaptar aos atuais paradigmas de direitos humanos, justiça distributiva, valores éticos, morais e sociais, que ventilam a contemporaneidade. Citamos trecho de uma sentença judicial em que o magistrado determinou a modificação das cláusulas contratuais:

> Modernamente, o contrato não é mais visto como algo estático e individual, mas como algo dinâmico e social, necessário para o comércio jurídico e satisfação de interesses legítimos. Com essa nova perspectiva relativiza-se o princípio *pacta sunt servanda* e abre-se espaço para a justiça contratual, a tutela da confiança e a boa fé. O contrato, então, deve ser o instrumento de necessidades individuais e coletivas, não para a supremacia de um contratante sobre o outro ou para que esse enriqueça às custas daquele (CEARÁ. TJCE. 2007, p.3).

Destarte, o sistema de neutralidade e de não implementação da justiça social, poderia funcionar bem em países com pessoas com mesmo nível econômico/social/cultural. No Brasil mais da metade da população está abaixo da linha de pobreza, então como se pode querer que o Judiciário feche os olhos a essa realidade e aplique a letra fria da lei, como se estivessem todos em pé de igualdade?

Fala-se, ainda, que há uma tendência mundial do Judiciário de adotar sua visão política nos julgamentos. Contudo, isso é muito decorrente da existência de conceitos abertos na legislação. Acontece que nesse caso o juiz não está atuando em desconformidade com a lei, já que é a própria norma que permite a sua complementação (Costa, 2004, p. 58).

Citando o escólio da professora Rachel Sztajn (2005, p. 264-265),

há dois sintomas na atividade judicante atual: a 'judicialização do conflito político' e a 'politização das decisões judiciais'. O primeiro decorre da falta de maioria no legislativo, o que não possibilita que estes cheguem a um consenso sobre matérias específicas da lei e, portanto só aprovem textos genéricos, deixando ao magistrado a responsabilidade de construir a norma em cada caso concreto. Já a politização das decisões judiciais decorre, em parte, do sentimento do juiz de proteger a parte mais fraca, tal como pequenos devedores e trabalhadores, ou ainda de suas convicções pessoais. A politização é um fenômeno mais frequente nas operações de crédito, consumidor, meio ambiente, trabalhista e previdenciária, que em relações entre empresas.

Para esses teóricos, não basta aplicar a lei para realizar a tarefa judicante com perfeição. O Direito não é só o respeito à letra fria da lei, mas também justiça e legitimidade. A fria aplicação da lei pode produzir iniquidades, v.g., o holocausto que ocorreu com respaldo em mandamentos legais. Logo, não se pode execrar um ser humano para que se salve ortodoxia do sistema.

A importância de se apresentarem os pensamentos dissonantes é para que se possa compará-los e reconhecer os seus pontos fracos. Ademais, é preciso temperar os conceitos tidos como ideais, com os limites de racionalidade das outras teorias. A melhor alternativa será uma conciliação desses valores, mas sempre com vistas a adequar-se com a realidade, para que o Direito possa conferir eficiência e justiça coletiva.

6.1 POSTURA PRÁTICA DO JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DAS NORMAS

A relação entre o esquema teórico de como o Judiciário deveria funcionar e como ele realmente atua é fundamental para compreender o desempenho econômico de um país.

O estudo da sociedade contemporânea tem orientado para uma postura mais previsível do Judiciário, no sentido de zelar pelo conteúdo das normas e dos contratos. Essa atuação conferiria uma maior eficiência coletiva e, portanto, seria mais vantajoso que a ilusória justiça social realizada

em casos particulares, a partir do desacato dos pactos e do afastamento do conteúdo das leis.

Debalde, entretanto, têm sido essas conjecturas, haja vista a recalcitrância do Judiciário em se pautar de forma interventiva na legislação e, com isso, subtrair a previsibilidade e a segurança jurídica do aparelho legal.

Nesse diapasão, importante citar a pesquisa realizada pela professora Rachel Sztajn e Decio Zylberszatjn, acerca da concepção dos magistrados sobre o bom emprego do Direito.

Consoante à aludida análise, 73,7% dos juízes entendem que o magistrado não pode ser um mero aplicador das leis, antes tem de ser sensível aos problemas sociais. Ainda responderam 73,1% que preferiam desrespeitar os contratos, desde que consigam alcançar a justiça social com isso, pois acreditam que a sociedade deseja isso deles. Todavia, a pesquisa diz que a sociedade, de forma geral, não deseja essa posição, preferindo um respeito aos contratos. (Zylberszatjn, 2005, p. 248 a 267)

Pode-se extrair desses dados que os juízes estão dispostos a se afastar da imparcialidade e da previsibilidade, para concretizar a sua ideia de justiça social. Para os magistrados, o Judiciário deve ter um papel proativo na redução de desigualdades sociais. Logo, não aceita ser um mero aplicador do direito produzido pelo Legislativo. Contudo, essa ingerência do Judiciário, que acredita estar legitimado pela opinião pública, não corresponde aos anseios da sociedade.

7 INSTITUIÇÕES E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Para se propiciar um ambiente idôneo para o crescimento da economia é mister a existência de um mercado eficiente. Esse campo ideal é caracterizado, primordialmente, pelo respeito às instituições. Nesse diapasão, interessa ao estudo da Economia e Direito, a análise da lei, dos contratos e do Judiciário.

7.1 LEI

A lei é um pacto entre o homem e a sociedade em que está inserido,

com o escopo de estabelecer incentivos para que o comportamento individual se adéque à consciência social.

O papel das leis na economia é de servir como instituições que reduzem os riscos de transação. Tal desiderato será possível pela antecipação das regras que irão ditar as relações entre as partes. Por conseguinte, há uma relação direta entre o conhecimento prévio dos dispositivos jurídicos de uma sociedade e a segurança das relações negociais.

7.2 CONTRATOS

Outro ponto igualmente relevante para a germinação de um mercado eficiente é a certeza do cumprimento dos contratos avençados.

As pessoas se sentem mais estimuladas em investir o seu patrimônio quando há acordos jurídicos que garantam o cumprimento das obrigações e a segurança de seu capital. Esses pactos são a forma de dar previsibilidade e diminuir os riscos das negociações.

Entende-se que se a ordem jurídica for eficiente, as partes terão desestímulo para descumprir os contratos, já que será inútil e caro o seu desacato. Caso contrário, as partes assumirão uma reincidência no descumprimento, por ser mais vantajoso.

Durante o andamento do contrato poderão surgir situações não previstas em seus escaninhos que exigirão uma complementação, ou mesmo seu questionamento.

A regra geral deve ser que os contratos precisam ser cumpridos, partindo da premissa que foram firmados de acordo com a lei. O seu descumprimento, então, deve ser visto como uma exceção e possibilitado apenas quando houver desconformidade com as normas.

7.3 JUDICIÁRIO

O Judiciário, na perspectiva de um mercado eficiente, tem a obrigação de incentivar a ideia de certeza das negociações e diminuir os fatores de risco. Esta postura induziria à proliferação das pactuações e ao progresso da circulação de riquezas.

O ambiente ideal é aquele em que o Judiciário agiria de forma rápida, imparcial, previsível e com respeito aos contratos e à lei.

Logo, para a Economia, um bom Judiciário não é só aquele que pratica a decisão justa ao caso particular, mas aquele que se firma como instituição onde toda a sociedade pode confiar.

No atual contexto, o papel do legislador e dos juízes na distribuição da tarefa normativa tem se modificado. Há uma exigência de redução da discricionariedade judicial e um cumprimento da produção legislativa, na intenção de propiciar o desenvolvimento dos mercados. Contudo, na realidade brasileira, o Judiciário tem se imiscuído na função legiferante com frequência.

O Judiciário tem assumido uma desconfiança na positivação levada a cabo pelos parlamentares. Logo, quando os magistrados supõem que uma lei está em desconformidade com a CF, não titubeiam em ignorar a atividade do Legislativo e gerar um comando para o caso particular.

Com muita propriedade asseverou Habermans

> [...] entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação de opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político (SADDI, 2007, p. 259).

O sistema de freios e contrapesos deve existir, mas não de forma a caracterizar uma burla à tripartição de poderes. Quando o Judiciário se posicionou na condição de protetor da CF e passa a descumprir o que o Legislativo produz, gera uma crise democrática, pois há um Poder não representativo, impondo-se como superior à manifestação da soberania popular.

Há uma presunção de legitimidade em favor da produção legislativa, o que deveria representar uma barreira para o seu desacato pelos magistrados. Mas, na prática, o Judiciário não tem nenhum pudor em afastar seguidamente as normas legais para aplicar a sua vontade pessoal.

É patente que nossa realidade legislativa, é marcada por *lobbies* e por interesses escusos, o que pode gerar manifestações de vontades viciadas pelo Legislativo. Contudo, não se pode alegar isso para não seguir as suas leis. Afinal, quem garante que o Judiciário é íntegro e livre de influências, a ponto de se entregar unicamente a esse órgão a função moralizadora?

Se não se confia na boa-fé do Legislativo, a atitude devida é a cassação do mandato ou se providencie a punição penal dos representantes. Se se está descontente com a constitucionalidade da lei, deveria ser encaminhado para o Legislativo editar nova lei. O que é inadmissível é um Poder querer fazer o papel de dois, ou seja, aplicar as leis e também criá-las.

Uma alternativa democrática para se adequar a legislação à CF seria compor uma Corte Constitucional eclética, formada por magistrados, líderes do legislativo, representante do Executivo e alguns particulares. Esse órgão apreciaria apenas aqueles abusos de inconstitucionalidade mais relevantes para a coletividade. Essa atitude geraria uma maior legitimidade e previsibilidade ao Ordenamento.

Mas, na atualidade predomina o inverso, uma vez que são justamente os Tribunais Superiores que são os mais previsíveis. Já a primeira instância, que conta com juízes monocráticos e mais jovens na carreira, e portanto, teria menos autoridade de modificar um preceito legislativo, é a que mais altera o Ordenamento jurídico e o condena à imprevisibilidade.

É preciso ter em mente que o Judiciário é uma criação humana e, portanto, não deve querer se arvorar no papel de oráculo de justiça divina.

Logo, exige-se que o Judiciário respeite e faça cumprir as normas e os contratos. Não é devida a excessiva ingerência hermenêutica do juiz na aplicação da norma. As regras e os pactos só devem ser desobedecidos, em hipóteses excepcionais, haja vista as influências danosas para a ortodoxia do sistema jurídico. Com a coalizão dessas três instituições vicejará ambiente fértil para o adequado desenvolvimento econômico.

7.3.1 Sistemas jurídicos

Existem dois sistemas jurídicos no ocidente que orientam a emanação e concretização das normas, quais sejam, o “common law” e o “civil law”.

O sistema de direito codificado visa reduzir o poder discricionário dos juízes em editar normas. Portanto, os magistrados decidem de acordo com as regras editadas pelo Legislativo. Já o common Law, franqueia uma maior liberdade ao Judiciário para criar normas no caso concreto.

A razão de os países de direito consuetudinário terem aceito a liberdade normativa dos juízes se deve ao fato de que seus magistrados não ameaçaram o desenvolvimento de uma economia de mercado. Por conseguinte, os juízes partem de um pressuposto na decisão das celeumas, qual seja, o respeito à propriedade privada.

Note que a formação dos juízes no civil Law, via de regra, não tem uma fase prática, mas eminentemente dogmática, o que os tornava distantes do mercado e, portanto, insensíveis ao trato com a economia.

O regime codificado, por um lado gera sistematicidade e segurança, mas por outro quadrante gera um entrave ao Ordenamento jurídico, porque cada mudança demanda um processo legislativo, o que dificulta o acompanhamento das modernidades. Por esse motivo há uma tendência do Judiciário de querer modificar o sentido da norma e dar-lhe outro significado.

Contudo, não se pode concluir que o sistema common law dê mais condições ao desenvolvimento econômico que o civil law, posto que, um sistema não pode ser analisado separadamente da realidade fática que lhe subjaz.

A crítica que se faz ao sistema brasileiro é que ele adotou o direito codificado, mas não segue fielmente a lei. Ao reverso, há uma ampla liberdade interpretativa do juiz. Então, se era para adotar o sistema de precedentes, que se oficializasse entre nós o common law. Daí se teria a certeza do sistema seguido.

8 RISCO JUDICIAL

Na atual conjuntura econômica, o mercado precisa de um sistema jurídico previsível para engendrar suas atividades. Trata-se do conhecimento das regras jurídicas para poder se conduzir de acordo com o Direito e entabular contratos. Partindo dessas informações as empresas passam a projetar as suas atividades para o futuro.

Ora, em um modelo neoliberal, caracterizado por uma economia de mercado, é necessário que se dê a liberdade para os particulares negociarem.

O Judiciário deverá funcionar simplesmente como garantidor do cumprimento das normas.

Portanto, a lógica da economia, parte do pressuposto que o Direito cumprirá com uma função de fornecer as condições negociais. Nesse sentido, propiciará um clima de segurança jurídica dos institutos e estimulará os investimentos.

Somente com um campo transparente e lógico é que as empresas conseguirão otimizar a alocação da propriedade, posto que conhecerão os custos de produção e os riscos de cada operação.

Partindo desse pressuposto, o mercado conceberia uma atividade competitiva devidamente regularizada. Haveria o emprego das teorias econômicas e de suas estratégias negociais. Assim, esse seria o ambiente ideal para se estimular uma aceleração do crescimento.

A empresa, como um feixe de contratos, exercerá a sua função social ao gerar lucros dentro das regras do jogo. Se o Estado cria essas regras, não pode posteriormente descumpri-las.

Nada obstante, o Judiciário ainda não se afinou com os preceitos da Economia para definir o seu funcionamento. É como se esse Poder não considerasse a realidade em sua volta para pautar sua atuação. Nesses termos, o Judiciário tem desprezado a demanda do mercado por previsibilidade ao Ordenamento Jurídico. Essa objetividade será alcançada quando o Judiciário passar a aplicar o teor preciso da norma. Para isso será imperioso diminuir a carga de subjetividade com que decide.

O problema do Judiciário é que seus órgãos emanam decisões diversas para casos semelhantes, sem se preocupar com a coerência e previsibilidade do sistema. Nesse ponto, a regulamentação da súmula vinculante trará uniformidade e certeza ao pensamento judicial.

O Judiciário, ao desprezar a objetividade de uma regra e aplicar a sua visão de equidade, visa aplicar justiça social ao caso concreto. Entretanto, as decisões judiciais que contrariam a atual sistemática causam um impacto inverso na vida das pessoas. Destarte, a falta de confiança no Judiciário atrapalha o desenvolvimento e contribui para a estagnação, uma vez que os planejamentos teóricos não irão se concretizar em virtude da desobediência das premissas legais em que estavam apoiados.

Com isso, haverá uma tendência da Economia de não aplicar suas regras de eficiência em virtude das interferências negativas do Judiciário. Isto porque uma vez não cumpridos os contratos, a economia passa a adotar mecanismos próprios para se defender das incertezas.

Nesse sentido citamos reportagem de revista de grande circulação nacional, que critica a atuação discricionária de alguns magistrados em decidir em desacordo com a previsão legal:

> A imprevisibilidade, como se sabe, é o maior veneno do capitalismo. É também a representação da supremacia do individualismo sobre as instituições. Os juízes entendem que estão promovendo justiça social com esse tipo de decisão. Essa suposta justiça social se transforma em mais custos para as empresas e, em consequência, num número menor de empregos protegidos pela legislação (EXAME, 2007, p. 111 - 112).

É falaciosa a ideia de se alcançar justiça social através da aplicação da visão humana do juiz, em detrimento do emprego da lei. Deste modo, o desprezo da lei nas decisões causará um sentimento generalizado de falta de exigibilidade nos acordos. Essa imprevisibilidade ocasionará o aumento dos custos para fazer frente aos prejuízos.

Senão vejamos, se se decide por proibir uma empresa de reajustar os valores de tarifa conforme previsto no contrato de concessão, em detrimento de permitir à população valores mais baixos de tarifa, verifica-se que a empresa vai deixar de investir e que desestimulará outras empresas a também investirem no Brasil, já que este país não cumpre seus contratos. Isso gera desemprego e pouco crescimento do país, enquanto beneficiaria apenas em alguns centavos a população.

Nessa lide, se discute um contrato firmado com obediência à lei, mas que gera uma situação mais onerosa para uma das partes, em virtude de seu menor poder aquisitivo. *In casu*, o magistrado quis julgar em favor do particular mais carente, para fazer justiça social e decidiu desobrigá-lo de cumprir um acordo legítimo.

A repetição desse comportamento, que rendeu um limitado capital para a parte mais fraca, irá conduzir a uma crença de que os contratos nem

sempre serão respeitados. É cediço que o mercado não engole esses prejuízos. Quando a classe empresária precisa arcar com custos não previstos, esta irá repassar os prejuízos para os outros consumidores, como se cobrassem o preço do Judiciário.

O cerne da questão é que quando fica patente que o Judiciário está assumindo um posicionamento protetivo em prol de uma parte que julga menos favorecida, é a coletividade que será taxada mais severamente pelo mercado.

Assim, será com o respeito às normas e à propriedade, ante as ingerências interpretativas feitas pelo Judiciário, que se conseguirá proteger os mais necessitados, no sentido de tornar mais fácil o acesso ao crédito.

Saliente-se que a discricionariedade judicial pode chegar até mesmo a inviabilizar a atividade econômica. Dessa forma, com o aumento dos preços decorrentes do custo do Judiciário, a população não conseguirá continuar com o mesmo consumo. Com isso, haverá a diminuição da circulação de riquezas e o afastamento dos investidores. Consequentemente, haverá a condução do país ao empobrecimento.

Destarte, é necessário que se tenha uma visão maximizada do fenômeno da justiça. Assim, a justiça imediata deve ceder lugar a uma justiça sustentável. Nesses termos, a transferência da dívida de um particular para os demais cidadãos, não pode ser considerada como justiça ideal. Logo, deve-se buscar o bem-estar para o maior número de pessoas, em detrimento de uma justiça do caso particular, egoísta, que não conduz ao bem-estar coletivo.

Justiça social não se faz através do sacrifício da sociedade e sim através de políticas públicas. O Estado não pode sufocar a sociedade para fazer frente aos custos sociais, sob pena de sufocar os indivíduos financiadores dos impostos que custeiam esse Estado.

9 CONCLUSÃO

No contexto neoliberal, o crescimento da economia está diretamente vinculado com a existência de um sistema jurídico previsível. Logo, a função do Judiciário deve ser, primordialmente, a de um assegurador da exigibilidade dos contratos e do fiel cumprimento das leis.

A postura intervencionista que grande parte dos magistrados tem adotado na interpretação das leis e revisão dos negócios jurídicos deve ser revista. *A priori*, a sociedade não quer do Judiciário a função de implementador da justiça social. Igualmente, não é crível que um Poder que não tem legitimidade representativa despreze a soberania popular expressa através dos comandos do Legislativo.

Assim, a aplicação de uma postura humanitária na solução dos conflitos, em detrimento do seguimento objetivo das normas, tem se mostrado pouco eficiente. Destarte, a justiça do caso concreto gera insegurança no mercado, redundando em aumento de preços e estagnação econômica. Essas consequências, numa visão macroeconômica, trazem um grau maior de prejuízo à coletividade, do que o benefício propiciado ao particular.

O buzilis da questão é chegar a um ponto de equilíbrio entre a defesa da solidariedade de um lado, e de outro, a segurança jurídica e a busca da eficiência.

Não seria possível radicalizar e querer um sistema puro, onde a letra da lei não se tempere pela hermenêutica constitucional. Porém é certo que o bem-estar coletivo não será alcançado com a total liberdade judicial. Essa discricionariedade deve ser reduzida a casos excepcionais e sujeita a controle.

É mister, se ter a consciência de que o Judiciário deve funcionar como mais uma peça da engrenagem social e não de costas para a realidade. Essa atitude será efetivada quando se reconhecer que um mercado eficiente deseja um Judiciário previsível no julgamento dos contratos e na aplicação das leis. Essa é a maneira mais efetiva de conceber dignidade humana a todos da coletividade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA, Ana Edite Olinda Norões. **Poder judiciário e Democracia Constitucional**: a atividade jurisdicional sobre comissões parlamentares de inquérito. Rio de janeiro: Letra Legal, 2004.

EXAME. São Paulo, ed. 900, n. 16, ago. 2007. Quinzenal.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SADDI, Jairo. **Crédito e Judiciário no Brasil**: uma análise de Direito & Economia. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará. **Ação Ordinária de Obrigação de Fazer com Pedido de Antecipação de Tutela**. n. 2005.0001.6849-3. 3ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza-CE. Fortaleza, 13 fev. 2007.

ZYLBERSZATJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Correspondência | Correspondence:

Luís de Freitas Júnior
Faculdade 7 de Setembro, Avenida Alm. Maximiniano da Fonseca, 1395, Eng. Luciano Cavalcante, CEP 60.811-020. Fortaleza, CE, Brasil.
Fone: (85) 4006-7643.
Email: luis.junior@agu.gov.br