

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ

Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho



A função do Poder Judiciário no processo de crescimento econômico brasileiro:

uma análise sobre os efeitos das decisões judiciais nas relações contratuais, à luz da nova economia institucional



CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ministra Laurita Vaz

Presidente

Ministro Humberto Martins

Vice-Presidente

Ministro Mauro Campbell Marques

Corregedor-Geral da Justiça Federal e Diretor do Centro de Estudos Judiciários

Ministro Benedito Gonçalves

Ministro Raul Araújo Filho

Desembargador Federal Hilton José Gomes de Queiroz

Desembargador Federal Poul Erik Drylund

Desembargadora Federal Cecília Maria Piedra Marcondes

Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteadó

Desembargador Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira

Membros Efetivos

Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino

Ministra Maria Diniz Isabel Gallotti Rodrigues

Ministro Antonio Carlos Ferreira

Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes

Desembargador Federal Reis Friede

Desembargador Federal Mairan Gonçalves Maia Júnior

Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Desembargador Federal Francisco Roberto Machado

Membros Suplentes

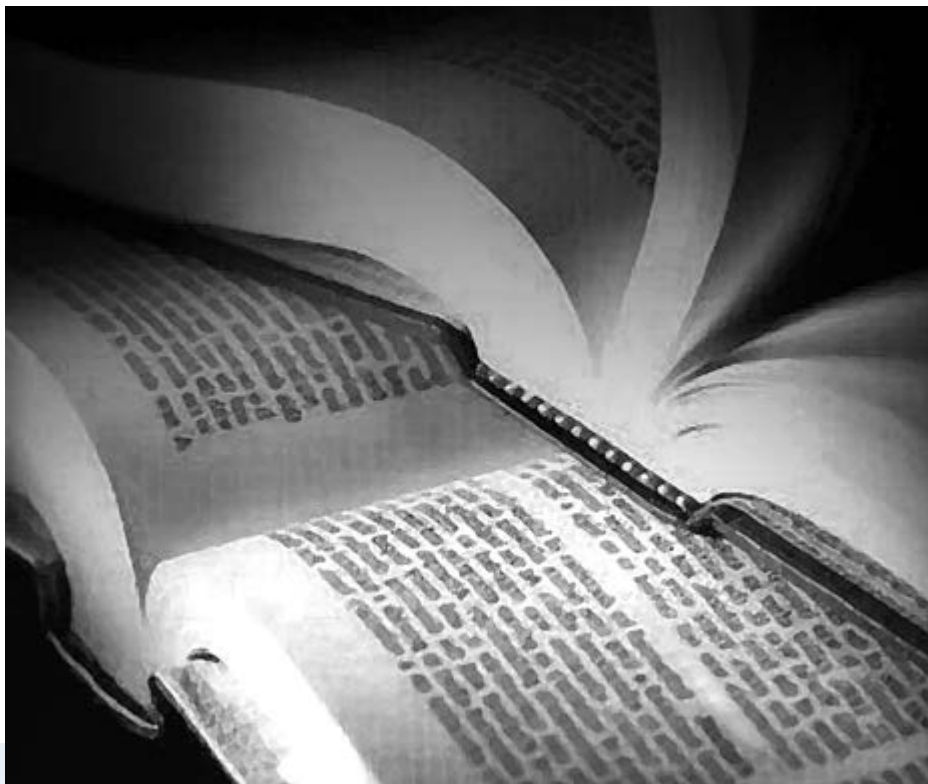
Juiz Federal Cleberson José Rocha

Secretário-Geral

Eva Maria Ferreira Barros

Diretora-Geral

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



A função do Poder Judiciário no processo de crescimento econômico brasileiro:
uma análise sobre os efeitos das decisões judiciais nas relações contratuais, à luz da nova economia institucional

Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho

CONSELHO EDITORIAL DO CEJ

Presidente

Ministro Mauro Campbell Marques

Diretor do Centro de Estudos Judiciários

Membros

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Nefi Cordeiro

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Raul Araújo Filho

Superior Tribunal de Justiça

Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Rio de Janeiro-RJ

Desembargadora Federal aposentada Margarida de Oliveira Cantarelli

Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Recife-PE

Juiz Federal João Batista Lazzari

Seção Judiciária de Florianópolis-SC

Juíza Federal Vânia Cardoso André de Moraes

Seção Judiciária de Minas Gerais-MG

Desembargador José Renato Nalini

Tribunal de Justiça de São Paulo-SP

Desembargador Pedro Manoel Abreu

Tribunal de Justiça de Florianópolis-SC

Professor Doutor Cesar Luiz Pasold

Universidade do Vale do Itajaí-Univali – Florianópolis-SC

Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica-PUC – Porto Alegre-RS

Professor Doutor José Rogério Cruz e Tucci

Universidade de São Paulo-USP – São Paulo-SP

Professor Doutor Otavio Luiz Rodrigues Junior

Universidade de São Paulo-USP – São Paulo-SP

Professor Doutor Roberto Ferreira Rosas

Universidade de Brasília-UnB – Brasília-DF

Professor Doutor Joaquim de Arruda Falcão Neto

Diretor da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito – Rio de Janeiro-RJ

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



A função do Poder Judiciário no processo de crescimento econômico brasileiro:
uma análise sobre os efeitos das decisões judiciais nas relações contratuais, à luz da nova economia institucional

Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho

Copyright © Conselho da Justiça Federal

É autorizada a reprodução parcial ou total desde que citada a fonte.

As opiniões expressas pelos autores não são necessariamente reflexo da posição do Conselho da Justiça Federal.

EQUIPE EDITORIAL

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Ministro Mauro Campbell Marques

Diretor

Jaqueline Aparecida Correia de Mello

Secretária

DIVISÃO DE EDITORAÇÃO DO CEJ

Milra de Lucena Machado Amorim

Diretora

Ariane Emílio Kloth

Chefe da Seção de Edição e Revisão de Textos

Luciene Bilu Rodrigues

Servidora da Seção de Edição e Revisão de Textos

Dulcinéia Mendes dos Santos

Servidora da Seção de Edição e Revisão de Textos

Helder Marcelo Pereira

Chefe da Seção de Programação Visual e Arte-Final

P654f Pinheiro Filho, Francisco Renato Codevila.

A função do poder judiciário no processo de crescimento econômico brasileiro: uma análise sobre os efeitos das decisões judiciais nas relações contratuais, à luz da nova economia institucional / Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2017.

101 p. – (Série monografias do CEJ ; v. 25)

ISBN 978-85-8296-018-9

1. Poder judiciário. – 2. Crescimento econômico, aspectos jurídicos. – 3. Decisão judicial. – 4. Sistema judiciário. 5. Direito e economia. – I. Título. – II. Série.

CDU 352.56:33

*Dedico este trabalho aos meus pais,
por tudo que fizeram pela minha formação.
À Alessandra, pela compreensão e pelos incentivos.
Em especial, dedico às minhas queridas filhas,
Maria e Alice, inspirações da minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Ivo Teixeira Gico Jr.,
por caminhar comigo nesta jornada e auxiliar-me durante todo o
processo de pesquisa e elaboração da dissertação, com suas críticas,
incentivos e provocações.

Agradeço, ainda, aos colegas do Grupo de Estudo de Direito e
Economia,
pelos debates instigantes.

SOBRE O AUTOR

Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho é juiz auxiliar da Corregedoria Regional da Justiça Federal da 1ª Região. É Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL (NEI) E O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES NO CRESCIMENTO ECONÔMICO DOS PAÍSES	19
1.1 Os pressupostos metodológicos da economia neoclássica	19
1.2 A Teoria dos Custos de Transação (TCT)	32
1.2.1 A Teoria dos Custos de Transação: o início com Ronald Coase	33
1.2.2 A Teoria dos Custos de Transação: o Teorema de Coase	36
1.2.3 A Teoria dos Custos de Transação: a contribuição de Oliver Williamson	39
1.3 A nova economia institucional e o papel das instituições segundo Douglass North	45
2 ESTADO DE DIREITO, PODER JUDICIÁRIO E CRESCIMENTO ECONÔMICO.....	51
2.1 O contrato como instrumento de geração de riquezas individuais e coletivas.....	51
2.2 Estado de Direito, Teorema de Coase e geração de riquezas	55
2.3 O Poder Judiciário como instituição necessária ao crescimento econômico: previsibilidade e confiabilidade das decisões judiciais proferidas em questões contratuais	59
3 DECISÕES JUDICIAIS CONTRA LEGEM E CONTRA CONTRATO: EFEITOS E INCENTIVOS PARA OS AGENTES ECONÔMICOS	67
3.1 Breve introdução ao movimento jurídico neoconstitucionalista	67

3.2	Efeitos das decisões judiciais principiológicas sobre as escolhas dos agentes econômicos.....	80
	CONCLUSÃO	85
	Referências	95

INTRODUÇÃO

Existe, entre os operadores do Direito, uma percepção de que as decisões judiciais estão cada vez menos fundamentadas nas diretrizes objetivas das leis e cada vez mais fundamentadas em princípios constitucionais abstratos e sem conteúdo definido, tais como, dignidade da pessoa humana, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade, razoabilidade, vedação do tributo com efeito de confisco, entre tantos outros.

Essa problemática da efetivação dos princípios constitucionais, via decisão judicial, é bem caracterizada por Barcellos (2005, p. 173-174). Segundo a autora, os princípios constitucionais podem ser agrupados em duas categorias. O primeiro grupo congrega os princípios que descrevem efeitos relativamente indeterminados, cujo conteúdo, em geral, é a promoção de fins ideais, valores ou metas políticas (dignidade da pessoa humana, por exemplo).

O segundo grupo também pretende produzir efeitos associados a metas valorativas ou políticas, assim como acontece com o primeiro, mas os fins aqui descritos são determinados, o que aparentemente os aproximaria das regras (a busca do pleno emprego, por exemplo). A dificuldade, porém, é que a identificação das condutas necessárias e exigíveis para a realização dos efeitos desses princípios não depende apenas da complexidade do próprio efeito e/ou da variedade de circunstâncias fáticas sobre as quais ele incide, como nas regras. Por conta da natureza do efeito pretendido, não se trata apenas de empreender um raciocínio lógico-jurídico para apurar as condutas exigíveis; cuida-se, diversamente, de escolher entre diferentes condutas possíveis a partir de distintas posições políticas, ideológicas e valorativas. Se há um caminho que liga o efeito às condutas no caso das regras, há uma variedade de caminhos que podem ligar o efeito do princípio a diferentes condutas, sendo que o critério que vai definir qual dos caminhos escolher não é jurídico.

Ainda, segundo Barcellos (2005, p. 175), os dois grupos de princípios que se acaba de descrever têm sua indefinição – no primeiro caso, indefinição de efeitos, e, no segundo caso, das condutas – associada a disputas entre valores diversos, concepções morais e filosóficas e/ou diferentes opções político-ideológicas, sendo que, repita-se, a escolha entre esses elementos não decorre de um juízo jurídico.

Daqui, por diante, neste trabalho, quando se fizer referência a princípios, é esta a ideia que se quer preservar, ou seja, a de que, ou os fins por eles propostos são indeterminados, ou os meios de se atingir fins determinados não foram especificados pelo constituinte, e que a identificação, em ambos os casos, sujeita-se a análise de valores e opções políticas ou ideológicas, o que propicia uma multiplicidade de respostas, quando houver resposta.

Neste contexto, portanto, de decisões fundamentadas em princípios, como que em um processo de inversão da ordem descrita no art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil –“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. – (BRASIL, DECRETO-LEI N. 4.657/1942), as leis e os contratos protegidos pelas leis deixam de ser o referencial de conduta para os indivíduos e a decisão judicial assume este papel.

O problema é que, quando se decide baseado em princípios, qualquer resultado é possível, pois não há consenso ou qualquer mecanismo que viabilize a geração de consenso sobre o que venha a ser dignidade da pessoa humana, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade, razoabilidade, vedação do tributo com efeito de confisco, etc., e, tampouco, existe consenso sobre como devem ser implementados, situação que se agrava ainda mais já que não há mecanismo eficaz que impeça a proliferação de decisões divergentes.

Como consequência, a sociedade tem dificuldade para saber o que é realmente permitido ou vedado, e, em especial, por ser este o objeto do presente trabalho, não é possível prever se o Poder Judiciário protegerá, ou não, determinado arranjo contratual voluntariamente celebrado. Em suma, os referenciais de conduta não são claros, e quando isso acontece, como será visto adiante, toda a sociedade é afetada de forma negativa, em decorrência dos chamados “comportamentos oportunistas”, que são condutas

praticadas por indivíduos, empresas, ou, até mesmo, governos, que gozam de uma posição privilegiada em determinada relação contratual.

Esta posição privilegiada pode decorrer de inúmeros fatores. No caso a ser estudado, ela tem origem na incerteza das partes em relação aos pronunciamentos do Poder Judiciário sobre uma determinada questão, incerteza esta que incentiva a inadimplência contratual. Por exemplo: porque um senhor idoso pagará o aluguel do imóvel em que reside, se o Poder Judiciário sinaliza com a possibilidade de proferir decisão fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana impedindo o despejo, a despeito de determinação legal e contratual nesse sentido? Este caso, além de ilustrativo, é real, e aconteceu no Rio Grande do Sul (ESPINDOLA).

Ainda sobre a falta de referencial de conduta, veja-se, por exemplo, o caso do depósito prévio como condição para conhecimento do recurso administrativo-fiscal. Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a exigência legal não violava o princípio do contraditório e da ampla defesa (BRASIL, STF, AI 318.324/RS). Contudo, no momento seguinte, sem que o texto constitucional ou a lei tivessem sofrido qualquer modificação, aquele mesmo Tribunal entendeu que havia violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. (BRASIL, STF, ADIN 1.976).

A questão não se resume, apenas, ao fato de o STF decidir com base em princípios constitucionais carentes de conteúdo definido. Mesmo fundamentando suas decisões em princípios seria possível gerar referenciais seguros de comportamento, desde que o precedente fosse respeitado nos julgamentos posteriores. Como isso não acontece, o problema que surge é que o STF, além de afastar o referencial legal, não oferece outro referencial confiável. Portanto, o Poder Judiciário, que deveria ser o elemento pacificador dos conflitos sociais e gerador de estabilidade jurídica, na verdade, acaba sendo mais um fator de instabilidade e insegurança.

Tal fenômeno, é claro, também está presente nas instâncias inferiores, ou seja, os juízes também não se sentem vinculados às leis aprovadas pelo Parlamento. Assim, quando eles discordam da opção legislativa (como no caso do despejo por falta de pagamento do idoso), invocam um princípio constitucional qualquer para afastar a lei e impor a solução que consideram a mais correta, ou a mais justa, segundo seus próprios critérios e valores.

A esse respeito, Sadek (1995) apresentou o seguinte dado: 73,7% dos

juízes entrevistados para uma pesquisa concordaram inteiramente ou concordaram muito com a afirmação de que “o juiz não pode ser um mero aplicador da lei, devendo ser sensível aos problemas sociais”. Em outra pesquisa, conduzida por Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1997), 83% dos magistrados concordaram com a assertiva de que “o Poder Judiciário não é neutro, e que em suas decisões o magistrado deve interpretar a lei no sentido de aproximá-las dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social”.

Se, efetivamente, os juízes agem como constatado pelas pesquisas citadas, pode-se dizer que não há como prever o resultado das demandas judiciais e que, portanto, a confiança da sociedade no Poder Judiciário, como instituição responsável pela imposição das leis e dos contratos, está abalada. E, de fato, parece que está:

1) na pesquisa IBOPE, divulgada em 2005, sobre confiança dos cidadãos nas instituições, o Poder Judiciário figura no 11º lugar, entre 17 instituições, com índice de confiança em 54 pontos (IBOPE);

2) na pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), divulgada em 2007, o Poder Judiciário de um modo geral tem a confiança de, apenas, 41,8% dos entrevistados (ASSOCIAÇÃO...);

3) o Índice de Confiança no Judiciário - ICJ, divulgado pela Fundação Getúlio Vargas desde 2009, em clara curva descendente, com alguma oscilação positiva, apresenta os seguintes resultados, em uma escala que vai de 0 a 10 pontos: 2º trimestre/2009 (6,5), 3º trimestre/2009 (5,6%), 4º trimestre/2009 (5,8), 1º trimestre 2010 (5,9), 2º trimestre/2010 (4,4), 3º trimestre/2010 (4,4) e 4º trimestre 2010 (4,2). (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS).

4) o mesmo relatório divulgado pela Fundação Getúlio Vargas, que tem como referência o 4º trimestre/2010, aponta que o Poder Judiciário figura no penúltimo lugar em confiabilidade, entre dez instituições pesquisadas: Forças Armadas (60%), Igreja Católica (56%), Grandes Empresas (52%), emissoras de TV (47%), imprensa escrita (43%), Polícia (40%), Partidos Políticos (37%), Congresso Nacional (36%), Poder Judiciário (33%), Governo Federal (25%). (IDEM).

É importante ressaltar que não se pode identificar, pelos resultados das pesquisas citadas, que haja alguma relação de causa e efeito entre imprevisibilidade das decisões judiciais e falta de confiança no Poder

Judiciário. Este é justamente o aspecto que será abordado neste trabalho, a partir de referenciais exclusivamente teóricos e análise de casos concretos. As pesquisas indicam, sim, uma percepção social de que o Poder Judiciário não é confiável de forma genérica, o que, para o presente trabalho, funciona, apenas, como ponto de partida.

Pois bem, a despeito dos efeitos negativos para a segurança jurídica como um todo, quais as consequências para o processo de crescimento econômico advindas de decisões judiciais imprevisíveis e contraditórias? Quais os efeitos da falta de referencial jurídico seguro para as trocas econômicas? De que maneira um Judiciário pouco confiável pode abalar as relações econômicas e a geração de riquezas de um país?

Todas estas perguntas estão, no presente trabalho, sintetizadas no seguinte problema de pesquisa: quais as consequências, para o processo de crescimento econômico brasileiro, das decisões judiciais que, com fundamento em princípios constitucionais abstratos e carentes de significado universal, ignoram os referenciais legais e as cláusulas contratuais livremente pactuadas?

A hipótese que guiará a pesquisa é a de que decisões judiciais que modifiquem os referenciais legais e as cláusulas contratuais livremente pactuadas induzem comportamentos oportunistas, aumento dos custos de transação, inadimplência, diminuição do número de transações econômicas, menor investimento em inovações tecnológicas, ou seja, afetam negativamente a geração de riquezas.

O objetivo da pesquisa é demonstrar, a partir de referenciais teóricos e estudos de casos, que a atuação previsível do Poder Judiciário, e a consequente percepção entre os agentes econômicos de que se trata de uma instituição confiável, é condição necessária, apesar de não suficiente, para o crescimento econômico do País.

Tais questões serão abordadas à luz do postulado da racionalidade da Economia Neoclássica e da Teoria dos Custos de Transação (TCT), base da Nova Economia Institucional (NEI), os quais serão delineados em seus aspectos principais (capítulo I), para, em seguida, serem aplicados na análise dos efeitos, sobre as escolhas dos agentes econômicos, das decisões judiciais que se fundamentam em princípios constitucionais e alteram os arranjos contratuais (capítulos II e III).

Na conclusão, será demonstrado, a partir dos referenciais teóricos discutidos no trabalho e dos casos concretos apresentados, que decisões judiciais que modificam os arranjos contratuais livremente pactuados, com fundamento em princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, proporcionalidade, devido processo legal, vedação do efeito de confisco, entre outros, induzem comportamentos oportunistas por parte dos agentes econômicos e, conseqüentemente, aumentam o custo das transações, afetando negativamente a geração de riquezas para a sociedade.

1 A Nova economia institucional (NEI) e o papel das instituições no crescimento econômico dos países

Como será visto neste capítulo, é a partir do questionamento de alguns dos pressupostos da Economia Neoclássica, suscitado pela Nova Economia Institucional, que, no presente trabalho, o Poder Judiciário será confrontado com alguns dos problemas que dificultam os negócios jurídicos e, conseqüentemente, a geração de riquezas.

Antes, porém, é preciso apresentar alguns conceitos básicos próprios da Economia Neoclássica, os quais estão sendo paulatinamente revistos pelas correntes do pensamento econômico não ortodoxo.

1.1 Os pressupostos metodológicos da economia neoclássica

A Economia, como um todo, tem por objeto analisar como os indivíduos, sociedades e Estados geram recursos e como os distribuem. Para tanto, os neoclássicos adotam como parâmetro a eficiência, tanto para a geração como para distribuição dos recursos. Investiga-se, no plano positivo, se as escolhas para geração de recursos e sua distribuição conduziram a um resultado eficiente; e, no plano normativo, quais devem ser as escolhas para se atingir geração e distribuição eficiente de recursos.

Para os neoclássicos, eficiência está relacionada a dois critérios básicos. O primeiro deles, conhecido como

Eficiência de Pareto, do jurista e cientista político italiano Vilfredo Pareto, diz que uma escolha é eficiente se ela gerar um resultado que não possa ser melhorado para um indivíduo sem gerar prejuízo a algum outro; quando se chega a esta situação diz-se que foi atingido o ponto ótimo de Pareto. O outro critério muito utilizado é o de Kaldor-Hicks, segundo o qual, uma escolha será eficiente se os resultados favoráveis a um determinado setor da sociedade forem superiores aos prejuízos suportados pelo outro setor da sociedade, ou seja, se houver ganho líquido a escolha é eficiente.

Na busca pela eficiência na geração e distribuição de recursos, os neoclássicos formulam modelos de análise de comportamento dos vários seguimentos sociais, a partir dos quais é possível prever, com razoável margem de acerto, a reação dos indivíduos às alterações das inúmeras variáveis que afetam a oferta e a procura. Para tanto, utiliza-se, como ferramenta, o postulado da racionalidade, o qual será visto a seguir.

Do ponto de vista ético-filosófico, os chamados economistas clássicos do final do século XVIII e início do século XIX, como Adam Smith (1723-1790), Thomas Malthus (1766-1834) e David Ricardo (1772-1823) fundamentaram boa parte dos seus estudos na corrente de pensamento defendida por Jeremy Bentham (1748-1832) e, posteriormente, por John Stuart Mill (1806-1873), conhecida como utilitarismo.

Partindo do pressuposto hedonista de que os indivíduos buscam o prazer e evitam o sofrimento, o utilitarismo defende que as ações dos indivíduos devem ser julgadas pelos seus resultados, e não por suas motivações. Além disso, devem ser consideradas boas as ações que geram o maior bem-estar possível para a coletividade. Por isso, as construções teóricas relativas à convivência social que desconsiderem esses dois elementos, um, descritivo, e o outro, prescritivo, estarão condenadas a fornecer conclusões equivocadas. (FIGUEIREDO, 2006, p. 837-840).

Estas ideias influenciaram os economistas neoclássicos, como William Stanley Jevons (1835-1882), Carl Menger (1840-1921) e Friedrich von Wieser (1851-1926), que, com maior rigor científico, desenvolveram o postulado da racionalidade dos agentes, aplicado até os dias de hoje aos modelos de pesquisa desenvolvidos pelos economistas neoclássicos, com as características que serão delineadas a seguir.

Em suma, seja nas análises positivas ou descritivas (o que é), seja nas

normativas ou prescritivas (como deve ser), a Economia Neoclássica parte dos seguintes pressupostos:

a) **os desejos dos seres humanos são ilimitados, em relação aos recursos, que são escassos**, ou seja, ao tempo em que os desejos humanos são infinitos, os recursos necessários para a realização de todos os desejos são finitos e, conseqüentemente, escassos. Portanto, escassez significa que a sociedade tem recursos limitados e não pode produzir todos os bens e serviços que os indivíduos desejam;

b) em ambiente de recursos escassos, **os indivíduos tendem a agir de forma a maximizar suas utilidades**. Utilidade é a satisfação e o prazer retirado de cada bem, sem haver, necessariamente, uma conotação material. Dessa forma, é possível obter utilidade por meio do consumo de um alimento, mas também é possível obtê-la pela observação de uma obra de arte ou pelo mero conhecimento de que uma determinada paisagem natural permanece intacta. (RODRIGUES, 2007, p. 13). Maximizar a utilidade significa extrair o máximo de benefício possível ao menor custo. Nesse sentido, como os recursos disponíveis são escassos, antes de fazer uma escolha, cada indivíduo leva em consideração os custos e benefícios de adquirir os bens que constam da sua lista de preferências. É o que se chama *trade off*, ou seja, uma escolha realizada a partir da análise comparativa de custos e benefícios entre opções disponíveis, porém, mutuamente excludentes em razão da restrição orçamentária. Por exemplo: comprar um carro ou fazer uma viagem ao redor do mundo, construir um hospital público ou dar aumento salarial aos servidores públicos, jogar futebol com os amigos ou estudar para a prova do dia seguinte. Neste último exemplo, o recurso escasso é o tempo;

c) **as preferências dos indivíduos são estáveis, completas, transitivas e ordinais**. Presume-se, inicialmente, que as preferências não se modificam, ou seja, que elas são estáveis. A estabilidade das preferências impõe que se as pessoas mudaram de comportamento, então, é porque alguma coisa mudou ao seu redor e não as suas preferências. Se as preferências não fossem estáveis, todo comportamento observado seria explicável recorrendo-se à mudança de preferências e a teoria perderia seu poder explicativo. (GICO JÚNIOR, 2010, p. 25-65). Admite-se, ainda, que as preferências são completas, isto é, que o agente é capaz de definir suas

preferências em qualquer universo de escolhas possível, seja pelo estabelecimento de uma ordem de preferências (A é estritamente preferível a B, se e somente se A for tão bom quanto B, mas B não for tão bom quanto A), seja pela conclusão de que, diante das opções possíveis, o indivíduo é indiferente a todas elas (existe relação de indiferença quando A é tão bom quanto B, e B tão bom quanto A). Admite-se, também, a transitividade das escolhas, ou seja, se A é preferível a B, e B preferível a C, então, presume-se que, para o agente racional, A é preferível, também, a C, ainda que não tenham sido explicitamente comparadas. Ademais, as preferências são ordinais. Elas permitem dizer que A é preferível a B, e B a C, mas não quão preferíveis elas são, ou se A é mais preferível a B do que B a C. Vale dizer, pode-se falar em ordem de preferências, não em intensidade de preferências. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 63)

d) por fim, **os indivíduos reagem a estímulos**, ou seja, as escolhas podem ser modificadas em função de um elemento exterior à relação que existe entre o indivíduo e o bem por ele desejado. Quando o bem escasso que o indivíduo dispõe para trocar por outros pode se tornar ainda mais escasso, em função de uma escolha, esta situação passa a influenciar na decisão. Como as pessoas tomam decisões por meio da comparação entre custos e benefícios, seu comportamento pode mudar quando os custos ou benefícios mudam. Por exemplo, o aumento do preço do bem, considerando a escassez dos recursos financeiros, pode fazer com que o indivíduo reveja suas prioridades; não as preferências, pois estas permanecem estáveis no modelo.

Em defesa da amplitude e utilidade do modelo, é necessário enfatizar que a noção de recurso escasso não está limitada à de recurso financeiro, e, justamente por isso, o modelo metodológico da economia neoclássica pode ser aplicado sempre que o indivíduo se vê diante da situação de ter que tomar uma decisão sobre como alocar melhor os recursos escassos disponíveis. Nesse sentido, afirma-se que, onde houver espaço para escolhas, as condutas serão passíveis de análise pelo método econômico, pois o objeto da moderna ciência econômica abrange toda forma de comportamento humano que requer a tomada de decisão. O principal motivo dessa amplitude é que, segundo Gico Jr. (2010, p. 25-65), antes de qualquer coisa, a economia caracteriza-se por ser um método de

investigação, e não por ter um objeto específico de análise. Becker (1993) fez uma interessante observação acerca da evolução do campo de análises da economia, no sentido de que ela estaria ingressando em uma terceira era. Durante a primeira, considerava-se que a economia se limitava ao estudo dos mecanismos de produção e consumo de bens materiais (a tradicional teoria dos mercados). Em um segundo momento, o campo da teoria econômica foi sendo ampliado, dando lugar às questões decorrentes das trocas de moedas. Atualmente, o campo de análises da economia estende-se ao conjunto das condutas humanas e às decisões correspondentes. Assim, toda questão que coloque um problema de alocação de recursos e de opções em situação de escassez, caracterizada pelo enfrentamento de objetivos alternativos, pertence à economia. Por isso, de acordo com o clássico conceito de Lionel Robbins (1983), economia é a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos os quais possuem usos alternativos.

Outro aspecto importante é a irrelevância, para o pressuposto da racionalidade, de variáveis como classe social, renda, cultura, escolaridade, raça, sexo, idade ou profissão. Na verdade, todos os indivíduos podem ser analisados à luz do pressuposto neoclássico. Não se está a dizer, no entanto, que um brasileiro católico e um saudita muçumano, agindo racionalmente, terão a mesma postura diante, por exemplo, da bigamia. Nesse caso, por razões culturais, as preferências não são as mesmas entre os povos, mas a racionalidade, dadas as preferências, permanece. É por isso que a racionalidade, como método de pesquisa, pode ser considerada um padrão universal de comportamento no sentido de que todos tendem a agir de forma racional, ou seja, preordenando condutas em relação aos seus interesses, com prévia ponderação de custos e benefícios. Contudo, não se pode dizer que caracterize um padrão universal de comportamento no sentido de que, sempre que adotado, levará aos mesmos resultados.

É claro que ninguém acredita que as pessoas ajam exatamente como descrito no postulado neoclássico, nem mesmo os economistas. Na verdade, o paradigma do agente racional é uma aproximação útil que a Economia desenvolveu, diante da sua incapacidade para penetrar na mente e no cérebro humanos. Ele oferece a vantagem de gerar uma teoria operacionalizável, que descreve com aproximação a realidade, e ainda

pode ser testado empiricamente. Portanto, é útil, e se é útil, não pode ser descartado *a priori*.

Vale lembrar, com Posner (1998, p. 24), que o apelo a abstrações o mais próximo possível da realidade está na essência da investigação científica. Por exemplo, a Lei de Newton é pouco realista no seu pressuposto básico de que os corpos caem no vazio, mas segue sendo uma teoria útil porque prognostica com razoável precisão o comportamento de uma grande diversidade de corpos que caem no mundo real. Do mesmo modo, uma teoria econômica do direito não incluirá toda a complexidade, riqueza e confusão dos fenômenos (penais, judiciais, maritais ou o que mais seja) que cuidará de elucidar. Mas sua falta de realismo no sentido da plenitude descritiva, longe de invalidar a teoria, é uma condição desta. Uma teoria que em seus pressupostos reproduzisse fielmente a complexidade do mundo empírico não seria uma teoria – uma explicação –, mas uma descrição.

Para que se tenha ideia da utilidade do postulado da racionalidade, foi a partir dele que a Economia foi capaz de desenvolver inúmeros teoremas, como, por exemplo: 1) o aumento do preço reduz a quantidade da demanda; 2) o aumento do preço aumenta a quantidade ofertada, porque mais pessoas terão interesse em produzir; 3) mercados competitivos satisfazem as preferências dos consumidores mais efetivamente do que mercados monopolísticos; 4) a tributação incidente sobre um determinado produto reduz a quantidade deste produto no mercado.

A título exemplificativo, veja-se como é possível tratar um determinado tema, aparentemente desconectado da economia, como o tráfico de drogas, a partir dos teoremas desenvolvidos com fundamento no postulado neoclássico da racionalidade. A repressão do Estado ao tráfico de entorpecentes cria embaraços que precisam ser superados pelos traficantes, gerando a necessidade de aquisição de armas, carros, desenvolvimento de mecanismos eficientes de transporte e distribuição, e tudo isto é custo que precisa ser repassado ao usuário, o que explica o alto preço das drogas. Pois bem, adotando-se o postulado da racionalidade como parâmetro, pode-se dizer que a descriminalização do tráfico de drogas teria, como primeiro efeito, a redução do preço do produto, porque aqueles custos operacionais não mais existiriam, sendo substituídos por outros, bem menos onerosos. O segundo efeito seria a abertura de concorrência

entre os fornecedores e, nesse caso, se os concorrentes não incorrerem em práticas anticompetitivas, é provável que os preços diminuiriam ainda mais, até chegar a um valor de equilíbrio. Como os lucros não seriam mais exorbitantes, deixaria de existir incentivo para, por exemplo, tentar eliminar o concorrente através de condutas criminosas, já que os custos para estas escolhas tenderiam a superar os benefícios. Não haveria, portanto, incentivo para a prática de inúmeros crimes que, hoje, orbitam em torno do tráfico de drogas, como: homicídio, roubo, furto, tráfico de armas, lesão corporal, corrupção, prevaricação, crimes contra a ordem tributária, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, ocultação de ativos, etc.

Outros dois pressupostos que guiam as análises da economia neoclássica são o de que os indivíduos possuem **informações completas** sobre os agentes e o mercado, e que as relações entre eles são travadas em ambiente de **concorrência perfeita**.

Para produzir um mercado de concorrência perfeita, assume-se que existem muitos consumidores e muitas empresas, todos de tamanho pequeno em relação ao mercado como um todo, de forma que as suas decisões não influenciam no preço do bem. Supõe-se, ademais, que todos possuem informação completa sobre os preços cobrados por todas as empresas (assimetria de informações) e que não há nenhum tipo de co-operação explícita ou tácita entre elas (PINHEIRO, 2005, p. 55). Mas, para falar em concorrência perfeita é necessário, ainda, que os produtos sejam idênticos ou quase idênticos, ou, no jargão econômico, que sejam substitutos perfeitos entre si (*commodities*). Havendo homogeneidade entre os produtos, nenhuma empresa poderá elevar o preço do seu produto, sob pena de ficar fora do mercado. Por fim, considera-se que a entrada e saída das empresas neste mercado é livre, sem que seja necessário incorrer em custos adicionais ou especiais.

Segundo Pindyck e Rubinfeld (2010, p. 238-239), custos especiais que podem restringir a entrada são aqueles que uma nova empresa precisaria enfrentar, mas que outra empresa já estabelecida no mercado não teria. A indústria farmacêutica, por exemplo, não é perfeitamente competitiva. A Merck, a Pfizer e as outras empresas do setor mantêm patentes que lhes garantem direitos únicos de produzir certos medicamentos. Uma empresa nova que quisesse entrar nesse mercado teria que investir em pesquisa e

desenvolvimento de produtos para ter seus próprios medicamentos competitivos ou, alternativamente, teria de comprar licenças de fabricação de outros laboratórios já existentes, pagando altas taxas. Os dispêndios com P&D e com as taxas de licença poderiam limitar a possibilidade de essa nova empresa entrar no mercado. De modo semelhante, a indústria aeronáutica também não é perfeitamente competitiva, porque a entrada requer imensos investimentos em fábrica e em equipamentos que têm pouco ou nenhum valor de revenda.

Em suma, o modelo da competição perfeita possui as seguintes características: a) grande número de empresas; b) produto homogêneo; c) livre entrada e saída de empresas; d) maximização de lucros; e) livre circulação de informação, e f) perfeita mobilidade dos fatores de produção. De todos eles, deve ser destacado, para os fins do presente trabalho, aquele que se refere à livre circulação de informação. Considera-se, no modelo neoclássico, que todos os compradores e vendedores possuem perfeito conhecimento das condições do mercado. Este conhecimento não se refere somente às condições correntes de produção, mas também às condições futuras. A informação é livre e sem custo. Portanto, não existe incerteza sobre o comportamento futuro dos mercados (MELO, 2002, p. 3-22).

Como exemplo de mercado perfeitamente competitivo pode ser citado o mercado de trigo, em que há milhares de agricultores e milhares de consumidores que utilizam o grão e seus derivados. Como não há um comprador ou vendedor específico que seja capaz de influenciar o preço do trigo, cada um deles aceita o preço como dado (MANKIW, 2005, p. 65).

Pois bem, para os fins do presente trabalho, tão ou mais importante quanto conhecer as características dos postulados da racionalidade é conhecer as críticas apresentadas ao modelo metodológico e as modificações que vêm sendo paulatinamente introduzidas por algumas correntes do pensamento econômico não ortodoxo.

Uma das principais críticas aos pressupostos neoclássicos é no sentido de que a ciência não poderia tomar como paradigma uma linha de comportamento reconhecidamente distante da realidade.

A esse respeito, Friedman (1953; 1970, p. 3-43) afirmou que a Economia, como outras Ciências Sociais, enfrenta a dificuldade de ter que formular hipóteses somente passíveis de serem confirmadas ou rejeitadas

na prática. É diferente da Física, por exemplo, que pode testar em laboratório suas hipóteses. Nesse mesmo sentido, Mankiw (2005, p. 21) afirma que os físicos que estudam a gravidade podem deixar cair quantos objetos quiserem em seus laboratórios para gerar dados e testar suas teorias. Por sua vez, os economistas que estudam a inflação não podem manipular a política monetária de um país simplesmente para gerar dados úteis.

Por isso, Friedman (1953; 1970, p. 3-43) defende que uma teoria deve ser julgada pelo seu poder preditivo sobre uma classe de fenômenos que ela se propõe a examinar. Nesse sentido, o único teste de validade relevante é a comparação das previsões com a realidade. Assim, as hipóteses serão rejeitadas, ou aceitas, se suas previsões forem contraditadas, ou não. A confiabilidade da hipótese será estabelecida se ela for capaz de resistir às várias tentativas de ser contraditada. Portanto, não se deve julgar a hipótese, *a priori*, pelo seu pressuposto metodológico. Somente a aplicação prática será capaz de dizer, *a posteriori*, se o método adotado é útil ou não.

Ainda, segundo Fabio Nusdeo (2001, p. 65), há um fator de perturbação bastante sério nas Ciências Sociais: o fato de nelas o homem ser ao mesmo tempo sujeito e objeto. Em outras palavras, aquele que pesquisa, examina e prevê faz, normalmente, parte da realidade pesquisada. Daí a possibilidade de vieses de julgamento, decorrentes de envolvimento pessoal, a prejudicar indesejavelmente a necessária objetividade do pesquisador. É por isso que a economia criou um modelo generalizante de comportamento, o mais neutro possível, livre de influências morais, a partir do qual a economia normativa elaborará hipóteses testáveis no dia a dia.

Outra forte crítica ao modelo neoclássico é a de que o paradigma do comportamento racional dos agentes está relacionado ao egoísmo, ou, que agir de forma racional significa maximizar interesses pessoais em detrimento dos interesses dos outros. Na verdade, para a economia neoclássica, agir de forma racional significa, apenas, alinhamento de conduta (meio) de acordo com os objetivos almejados (fim), levando-se em consideração os custos e benefícios das opções disponíveis, o que, segundo o modelo do agente racional, é válido para qualquer tipo de indivíduo.

Segundo Becker (1993), o modelo assume que os indivíduos maximizam o bem-estar da forma como eles o concebem, não importa se de forma egoísta, altruísta, leal, maldosa ou masoquista. Por sua vez, Kitch

(2000) afirma que a premissa de que o interesse próprio é uma forte constante do comportamento humano não conduz de forma lógica à hipótese de que as pessoas se comportarão de forma antissocial. Ao contrário, o interesse próprio pode explicar porque as pessoas agem em conformidade com as normas morais e jurídicas de uma comunidade. Os benefícios do intercâmbio só podem existir se cada indivíduo está disposto a cooperar com os outros e se as normas legais e morais podem ser tidas como o marco que torna possível tais intercâmbios.

Mas, a verdade é que, após sofrer tantas críticas, algumas revisões fizeram-se necessárias. O pressuposto da simetria de informações, por exemplo, adotado no mercado perfeitamente competitivo, vem sendo paulatinamente reavaliado e os neoclássicos passaram a dar maior importância à condição de informações assimétricas entre os agentes do mercado, aspecto de extrema importância no presente trabalho, como será visto adiante.

De acordo com Milgrom e Roberts (1992), a **assimetria de informações** pode ser caracterizada como uma situação na qual uma das partes da transação não possui toda a informação relevante para averiguar se os termos do contrato que está sendo proposto são mutuamente aceitáveis e se serão implementados. No mesmo sentido, porém, referindo-se à teoria dos jogos, Ronaldo Fiani (2006, p. 371) diz que um jogo envolve assimetria de informação quando um dos jogadores possui informação relevante acerca de um dos aspectos do jogo, informação esta de que algum outro jogador não dispõe e que não pode ser obtida a baixo custo.

Questões de assimetria informacional foram modeladas, inicialmente, por Akerlof (1970, p. 488-500), no mercado de carros usados. Segundo ele, os automóveis usados são vendidos por um valor muito menor do que eles realmente valem, porque existem informações assimétricas a respeito de sua qualidade: o vendedor de um automóvel usado sabe muito mais a respeito do veículo do que seu potencial comprador. Como resultado, os melhores carros são excluídos do mercado, porque seus proprietários não querem se sujeitar à subavaliação. As implicações das informações assimétricas a respeito da qualidade dos produtos, porém, vão muito além do mercado de automóveis usados. Os mercados de seguro, crédito financeiro e até mesmo de empregos são também caracterizados por informações assimétricas sobre a qualidade dos produtos (PINDYCK; RUBINFELD, 2010,

p. 550). Na verdade, em qualquer situação em que haja interação entre indivíduos a assimetria de informações estará presente, às vezes mais, às vezes menos, sendo certo que a minimização da assimetria pressupõe custo.

A adoção do pressuposto da assimetria informacional, por sua vez, gerou três novas categorias analíticas, que são: a **seleção adversa**, o **risco moral** e o **problema agente-principal**.

Na seleção adversa, em razão do déficit informacional, um indivíduo pode ser levado a fazer uma escolha equivocada. No risco moral, devido ao mesmo problema, a dificuldade que um indivíduo tem para controlar as ações de outro indivíduo deixa este último livre para agir de acordo com as suas próprias preferências.

Para facilitar a explicação, tomar-se-á como exemplo o mercado de seguro de automóveis. Em termos resumidos, para que as seguradoras tenham lucro é preciso que o gasto com as indenizações não supere o montante do prêmio recolhido por todos os segurados. Como não é possível para a seguradora ter entre seus segurados somente indivíduos que se expõem pouco ao risco, é preciso que haja uma proporção eficiente entre segurados que se expõem muito e segurados que se expõem pouco ao risco. Contudo, devido à assimetria de informações existente entre a seguradora e o segurado, a seguradora não sabe, nem pode saber a baixo custo, se o segurado se expõe muito ou pouco ao risco e, por isso, pode ser levada a fazer uma escolha equivocada, contratando com um indivíduo que se expõe excessivamente ao risco. Isto é seleção adversa. Medidas como pesquisa sobre hábitos pessoais, idade, histórico de acidente de trânsito, etc., ajudam a diminuir a assimetria de informações nesses casos.

De outro lado, na medida em que é muito custoso para a seguradora monitorar o comportamento do segurado, este, que já está garantido contra qualquer sinistro, não possui incentivos para ter precaução, pois, para ele, é irrelevante ter ou não algum nível de precaução. Esta falta de incentivo para diminuir a exposição ao risco é chamada de risco moral. A franquia, por meio da qual o custo com o concerto do automóvel é partilhado com o segurado é uma forma de enfrentar o problema do risco moral.

Analisando, agora, o funcionamento de uma empresa, surge a questão atinente ao relacionamento entre os diversos participantes que atuam no grande jogo da relação corporativa, isto é, acionistas da empresa, adminis-

tradores, gestores, empregados e terceirizados. Como fazer, por exemplo, para que administradores, empregados e terceirizados desenvolvam os esforços necessários à maximização das utilidades dos acionistas?

É este, justamente, o pano de fundo do problema agente-principal, que trabalha com os seguintes elementos básicos: a) o **principal** – aquele que define as políticas, as metas da empresa e os incentivos; b) o **agente** – aquele que executa as atividades; c) as preferências de principal e agente não são necessariamente convergentes. Em suma, tem-se, de um lado, o principal, um agente racional que tem as suas próprias preferências e, de outro, o agente, um agente racional contratado para maximizar as preferências do principal, mas que também tem as suas próprias preferências. O problema agente-principal pode ser identificado em várias situações, como por exemplo, nas relações entre: médico e paciente, empregado e empregador, juiz e tribunal, etc.

No âmbito do problema agente-principal, a assimetria de informações implica em que o principal não consegue saber se o nível de comprometimento do agente é compatível com o grau de maximização de utilidade desejada, por isso o principal pode ser levado a fazer escolhas equivocadas, como a contratação de um empregado cujas preferências não são compatíveis com as suas. De outro lado, o agente, ciente de que o controle que o principal exerce é ineficiente, fica livre para buscar a satisfação das suas próprias utilidades.

Se, por exemplo, o principal tratar da mesma forma os empregados que se comprometem com a maximização das suas utilidades e os que agem em sentido contrário, justamente porque não consegue diferenciá-los, não haverá incentivos para que os primeiros se esforcem, ou seja, o nível de esforço e o comprometimento dos melhores empregados corresponderão ao mínimo necessário para não serem demitidos, e, assim, a mão de obra qualificada se perde. E mais, se, para o agente, é irrelevante alinhar, ou não, seu comportamento aos interesses do principal, a tendência é que o agente, após atingir o nível mínimo de esforço, passe a maximizar suas próprias utilidades, as quais podem, em alguma medida, ser incompatíveis com as utilidades maximizadas pelo principal.

Pois bem, feita esta breve revisão dos pressupostos metodológicos da economia neoclássica, a qual, vale destacar, ainda é considerada a

principal corrente da microeconomia, deve ser ressaltado que, para os fins do presente trabalho, duas ideias básicas devem ficar retidas. A primeira é a de que o agente racional não decide baseado apenas nas suas preferências. Além das preferências, leva em consideração os custos e os benefícios das escolhas disponíveis, sendo elas mutuamente excludentes em virtude da escassez dos recursos disponíveis.

Se isso for verdade, pode-se dizer, então, que a diminuição dos benefícios e o aumento dos custos, apesar de não alterarem as preferências, afetam as escolhas, uma vez que as pessoas reagem a incentivos. Assim, por exemplo, alguém que deseja viajar para passar o final de semana no Rio de Janeiro tende a levar em consideração o aumento do preço da passagem de avião, podendo, inclusive, deixar de fazer a viagem, não porque tenha deixado de gostar do Rio de Janeiro, mas porque a majoração dos custos diminui o benefício e eleva o custo de oportunidade. Custo de oportunidade está relacionado com o bem que o indivíduo deixa de acessar por haver escolhido um outro bem, lembrando que a escassez dos recursos inviabiliza o acesso simultâneo a ambos. É, portanto, o que o indivíduo perde, ou melhor, deixa de obter, por deixar de lado a segunda melhor opção disponível. No caso de quem opta por viajar ao Rio Janeiro, sem se levar em conta que o recurso escasso em questão é o tempo, o custo de oportunidade pode ser um jantar com a família, ou uma festa de aniversário de algum amigo, dedicar-se à dissertação de mestrado, etc.

A outra importante ideia é que os indivíduos não dispõem de todas as informações para realizarem suas escolhas, ou seja, as análises de custo e benefício são prejudicadas pelo problema da assimetria informacional, a qual pode ser minimizada, desde que os agentes incorram em custos para obterem mais e melhores informações. A mensalidade que os comerciantes pagam para acessar o cadastro do Serasa é um exemplo de custo em que se incorre para tentar obter mais e melhores informações sobre os compradores.

Como será visto no próximo tópico, a Nova Economia Institucional aprofunda as investigações sobre o problema da assimetria de informações e adiciona novos ingredientes às análises, como custo de transação e instituições, categorias a partir das quais, no presente trabalho, será examinada a importância do Poder Judiciário nos processos de troca e geração de riquezas.

1.2 A Teoria dos Custos de Transação (TCT)

A Teoria dos Custos de Transação surge a partir do descontentamento com os pressupostos neoclássicos, os quais teriam deixado as análises econômicas muito estáticas e distantes da realidade, a despeito da revisão quanto ao aspecto da simetria informacional e da autocrítica quanto ao funcionamento perfeito dos mercados. Os questionamentos e a evolução dos estudos levaram, então, à inserção de dois novos elementos, pela chamada Nova Economia Institucional, de suma importância para o presente trabalho, que são as ideias de custos de transação e de instituições.

A teoria dos custos de transação (TCT), viga-mestra da Nova Economia Institucional, tem uma trajetória marcada por quatro obras principais. A primeira delas é o artigo seminal de Ronald Coase, publicado na revista *Economica*, em 1937, intitulado *The nature of the firm*, em que a ideia de custo de transação, pela primeira vez, é tratada com destaque pela literatura. A segunda é o artigo *The problem of social cost*, também de Coase, publicado em 1960, no qual a estrutura jurídica é reconhecida como importante ferramenta para a alocação eficiente dos recursos. A terceira é *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*, livro de Oliver Williamson, publicado em 1975, em que o autor apresenta uma hipótese para explicar a presença dos custos de transação nas trocas comerciais. A quarta é *Institutions, institutional change and economic performance*, livro de Douglass North, publicado em 1992, no qual o autor ressalta o impacto negativo dos custos de transação sobre o desenvolvimento econômico e defende a importância das instituições como mecanismo de redução dos custos de transação.

A seguir, serão enunciadas as contribuições das referidas obras para a construção da Teoria dos Custos de Transação e o consequente desenvolvimento da Nova Economia Institucional. As categorias que serão apresentadas neste capítulo ajudarão a pensar o papel que o Direito e, em especial, o Poder Judiciário, devem exercer como facilitadores das trocas econômicas com potencial para geração de riquezas (análise normativa), bem como auxiliarão a identificar os equívocos que hoje são cometidos por estas instituições (análise positiva).

1.2.1 A Teoria dos Custos de Transação: o início com Ronald Coase

Em *The nature of the firm*, Coase (1937, p. 390-397) manifestou seu desconforto com a Teoria Neoclássica devido à carência de uma verdadeira Teoria da Firma. Além das perguntas de sempre (o que produzir? como produzir? para quem produzir? e quanto produzir?) as quais, em certa medida, podiam ser respondidas pela Teoria Neoclássica da Firma, Coase tinha outros questionamentos (Por que produzir? Por que as empresas existem? Por que recorrer ao mercado?), mas, para estas perguntas, a Teoria Neoclássica se mostrava insuficiente.

Segundo Klein, o que os economistas normalmente querem dizer com Teoria da Firma não é a Teoria da Firma como pessoa jurídica. Nos livros de economia, a firma é uma função de produção ou conjunto de possibilidades de produção, uma caixa-preta que transforma insumos em produtos. O tamanho da firma é normalmente explicado levando-se em conta, apenas, os custos de produção.

Apesar de criticar a insuficiência da Teoria da Firma, Coase (1937, p. 390-397) não rejeitava a Teoria Neoclássica como um todo, tanto que uma de suas preocupações era apresentar uma definição de empresa que fosse, não apenas realista, no sentido de corresponder ao que se entendia por empresa no mundo real, mas, também, operacionalizável pelos vigentes instrumentos da economia marginalista.

Assim, partindo da concepção neoclássica de que toda oferta se ajusta à demanda e a produção ao consumo, por um processo que é automático, elástico e sensível, Coase (IDEM) afirmou que o economista enxerga o sistema econômico como algo coordenado pelo mecanismo de preços (mercado). Mesmo a afetação dos fatores de produção entre seus distintos usos estaria determinada pelo mecanismo de preços.

Contudo, Coase (IDEM) ressaltou que há várias situações em que o mecanismo de preços não é aplicável ou determinante. Por exemplo, um empregado é removido de um determinado setor da empresa para outro, não porque houve mudança nos preços relativos¹, mas porque recebera

1 “Preços relativos: relação estabelecida entre diversos pares de preços importantes de uma eco-

uma ordem nesse sentido. Assim, fora da empresa, os movimentos de preços dirigem a produção, e esta é coordenada mediante uma série de transações de intercâmbio no mercado. Dentro da empresa, contudo, estas transações de mercado são eliminadas, e a complicação da estrutura mercadológica com transações de intercâmbio é substituída pelo empresário-coordenador que dirige a produção (hierarquia).

Portanto, para Coase (1937, p. 390-397), a principal justificativa para a criação de uma empresa é que existem custos para os agentes utilizarem o mecanismo de preços. O custo mais óbvio de organizar a produção mediante o mecanismo de preços é descobrir quais são os preços relevantes. Além disso, existem também os custos de negociar e concluir cada contrato. Por outro lado, quando alguém é proprietário do fator de produção, não é necessário firmar uma série de contratos para obter, via mercado, o que pode ser obtido recorrendo-se à estrutura empresarial.

Embora os economistas já reconhecessem a existência dos custos de transação, isto é, que não apenas o ato de produzir, mas também o ato de comprar e vender acarretava custos, supunha-se em geral que os custos associados às transações econômicas eram negligenciáveis, de tal forma que os únicos custos que realmente importavam eram os custos de produção. Ao economista, portanto, competia exclusivamente conhecer a relação matemática entre os insumos e o produto para, juntamente com o preço desses mesmos insumos e do produto final, calcular a quantidade a ser produzida que maximizaria o lucro da empresa, isto é, sua quantidade de equilíbrio. (FIANI, 2002, p. 267-286).

Como visto, na Teoria Neoclássica, a firma é representada como uma função de produção, uma unidade tecnológica de transformação de insumos em produtos. A partir de seus custos de produção e dos preços de mercado são derivadas as possibilidades para a alocação de recursos e expansão da firma. As decisões do negócio levam em conta essa relação marginal e os custos de oportunidade de cada opção de investimento. Entretanto, além das despesas e custos operacionais da atividade

nomia com a finalidade de observar sua variação no tempo. Por exemplo, os preços dos produtos agrícolas comparados com os industriais, os preços das exportações comparados com os das importações (relações de troca), os salários com os preços da cesta básica de consumo do trabalhador, etc." (SANDRONI, 2007.)

produtiva, inclusive de logística, e demais custos classificados como de produção, há custos para que sejam efetivadas as relações de troca entre os agentes econômicos, que são, justamente, os custos de transação (FILÁRTIGA, 2007, p. 121-144). Em suma, negociar contratos, fiscalizar a sua execução e impor o seu cumprimento forçado, tudo isso, tem custo.

O *insight* coaseano, portanto, pode ser resumido da seguinte forma: quanto maior for o prejuízo potencial associado à transação, maior será o estímulo para a firma evitar depender do mercado nas suas operações; nesse caso, pode ser mais vantajoso adquirir a unidade produtiva do fornecedor, integrando-a verticalmente para garantir o fluxo de insumos requerido para sua produção final mediante planejamento interno, do que depender do fornecimento por meio de compras e vendas, mesmo que o volume destas, prazos, qualidade do produto e outras características sejam especificadas por contrato. Isto porque, como será visto mais adiante, nem mesmo os contratos mais detalhados são suficientes para garantir segurança total para a firma no que diz respeito ao fornecimento de insumos vitais para suas atividades (BUENO, 2004, p. 361-420), devido aos problemas que decorrem da assimetria de informações entre os contratantes.

Portanto, sempre haverá custos para o agente recorrer ao mercado. Se eles forem superiores aos custos de organizar uma empresa, justifica-se a existência desta, em termos de eficiência. Na verdade, tanto os mercados quanto as firmas funcionam com custos positivos. A escolha do modo de organização, via mercado ou via hierarquia, depende da comparação entre alternativas de menor custo. (ZYLBERSTAJN; SZTAJN, 2005, p. 5)

Nesse sentido, Klein afirma que a decisão de organizar transações dentro da firma, em oposição ao mercado, ou seja, a decisão entre fazer ou comprar, depende dos custos relativos das trocas internas e externas. O mecanismo de mercado envolve certos custos: descobrir preços relevantes, negociar e impor contratos, etc. Dentro da firma, o empresário pode reduzir estes custos de transação por meio da coordenação destas atividades. Entretanto, a organização interna traz outros tipos de custos, em especial, problemas de fluxo de informação, incentivos, monitoramento e avaliação de performance. Em geral, todos modos possíveis de organização econômica impõem custos. A natureza da firma, portanto, é determinada pelos custos relativos de organizar transações sob arranjos institucionais alternativos.

Coase (1937, p. 390-397) também se propôs a abordar de forma científica os determinantes da expansão das empresas, o que fez com que ele invocasse a Teoria dos Custos Marginais de Produção. Em suma, defendeu que se o custo adicional de expandir a empresa for superior ao de recorrer ao mecanismo de preços, não se justifica a expansão. Ao contrário, se for inferior, a expansão é recomendada.

Mas Coase foi mais além na sua contribuição para a consolidação da Teoria dos Custos de Transação. Como será visto a seguir, ele foi o primeiro a identificar que a alocação eficiente dos recursos privados depende da estrutura institucional promovida pelo Estado, aspecto relevante para o presente trabalho.

1.2.2 A Teoria dos Custos de Transação: o Teorema de Coase

Em *The problem of social cost*, Coase (1960) inicia apresentando uma visão alternativa para o problema dos custos sociais das atividades produtivas, o qual, até então, era abordado pela lógica da internalização dos custos, tal como defendido por Arthur Pigou (1920), em *The economics of welfare*.

O exemplo inicial de Coase é o da fábrica que produz como resíduo uma fumaça tóxica prejudicial à saúde das pessoas que moram nas propriedades vizinhas. Trata-se, na verdade, de um problema de externalidade. Externalidades são os custos ou benefícios gerados a terceiros, em razão da atividade de um agente, os quais não são incorporados aos preços. Se gera custos aos terceiros, é chamado de externalidade negativa; se benefícios, externalidade positiva.

No caso da fábrica que emite gases poluentes afetando a saúde de pessoas que vivem nas propriedades vizinhas, a externalidade negativa gera custos que não são compartilhados pelos principais agentes da relação econômica (produtor e comprador), acarretando uma distorção no equilíbrio do mercado, pois a fábrica irá produzir mais do que é socialmente desejável e o consumidor irá consumir mais do que é socialmente desejável, gerando ineficiência e má alocação de recursos.

Segundo Coase (1960), pela abordagem pigouviana tradicional, a solução para o caso seria a responsabilização da fábrica pelos prejuízos

causados à comunidade vizinha ou a imposição de um tributo sobre a atividade da empresa, no montante do prejuízo causado. Na visão de Pigou, portanto, a internalização dos prejuízos com a incorporação do custo social ao preço do produto restabeleceria o equilíbrio do mercado, criando estímulo para a produção e o consumo eficientes.

A crítica de Coase (1960) à solução pigouviana parte do princípio de que o problema entre a fábrica e a comunidade vizinha é recíproco, ou seja, não apenas a fábrica prejudica o ar puro da comunidade vizinha, mas, também, esta prejudica o direito de a fábrica explorar uma atividade econômica. Vale dizer, portanto, que, se a fábrica pode gerar prejuízo à comunidade vizinha, esta também pode gerar prejuízo à fábrica. Supera-se, dessa forma, a visão unilateral do prejuízo, pressuposto da solução pigouviana.

Outros exemplos são citados por Coase em seu artigo: o caso do confeitoiro que utilizava uma máquina barulhenta e atrapalhava o médico no consultório vizinho; o caso do gado que ultrapassava os limites da propriedade do seu dono e destruía a plantação vizinha; o do edifício que obstruía a circulação de ar e impedia o funcionamento de um moinho; o do edifício que criava sombra na área de piscina de um hotel; o do trem que produzia faísca e incendiava a plantação localizada em terrenos adjacentes à ferrovia, etc.

O argumento de Coase é no sentido de que a internalização dos custos, via responsabilização ou tributação da atividade produtiva não é, necessariamente, a solução mais eficiente para o problema dos custos sociais. De acordo com o autor, a solução mais eficiente pode ser encontrada se as partes puderem negociar a realocação dos direitos.

Assim, por exemplo, no caso da fábrica que emite fumaça com resíduos tóxicos, imaginando que o prejuízo se restringe a uma específica comunidade, pode-se pensar que as possíveis soluções alternativas para o problema seriam: a) a fábrica instalar um filtro nas chaminés, ou b) a fábrica pagar a comunidade para que ela, voluntariamente, se desloque para outra região.

Pois bem, se a atividade produtiva da fábrica gera um lucro de R\$ 500,00 e danos de R\$ 200,00 para a comunidade vizinha, em princípio, qualquer solução que elimine os custos sociais, e custe menos do que

R\$ 200,00, é preferível à responsabilização ou tributação da fábrica (solução pigouviana). Mas não é só isso; dentro das alternativas com custo abaixo de R\$ 200,00, pode existir, ainda, aquela que promova o mesmo resultado com menor custo do que a outra.

É o caso, por exemplo, se o custo de instalar o filtro for R\$ 30,00, e o de pagar a comunidade para ela se instalar em outra região, com as mesmas condições e comodidades da anterior, for de R\$ 150,00. Não há dúvidas de que a solução mais eficiente é a primeira.

Portanto, se as partes envolvidas puderem negociar a realocação dos direitos, o mesmo objetivo pigouviano, que é evitar o custo social para a comunidade vizinha, pode ser obtido a um custo bem menor do que a responsabilização da fábrica ou tributação da atividade produtiva. Nesse caso, não apenas a eficiência será obtida, como todas as partes ficarão satisfeitas com o resultado, porque o ajuste final foi obtido de forma voluntária.

A consequência deste raciocínio é que, se as partes puderem negociar livremente, a alocação inicial dos direitos (direito ao ar puro da comunidade x direito de produção da fábrica) torna-se irrelevante, pois a solução mais eficiente e desejável para todas as partes envolvidas sempre poderá ser obtida mediante negociação. Basta que os direitos estejam claramente definidos pelo Estado e que os contratos sejam respeitados. É o que passou a ser conhecido como *Teorema de Coase*, ou seja, em um mundo em que as partes possam negociar livremente a realocação dos direitos, sem custos de transação, a alocação inicial, promovida pelo Estado, passa a ser irrelevante para fins de alocação eficiente. Segundo Coase (1960), portanto, a solução mais eficiente sobre a alocação dos direitos somente poderá ser alcançada livremente se não houver custos para as partes negociarem (custos de transação).

O problema que surge, contudo, é que para realizar uma transação é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual se deseja negociar, informar as pessoas sobre a disposição de negociar e as condições da oferta, barganhar, elaborar um contrato, acompanhar a execução do contrato, e assim por diante (COASE, 1960). Todas estas operações são extremamente custosas e podem ser custosas o suficiente a ponto de impedir a transação que tenderia a ser efetivada em um mundo em que o mercado funcionasse sem custos.

Pois bem, considerando que a ausência total de custos de transação não é uma realidade, desde já, três importantes observações podem ser feitas, com enormes implicações para o Direito e seus operadores:

a) em um mundo com custos de transação a alocação inicial dos direitos é relevante;

b) como a definição inicial da alocação mais eficiente dos direitos depende do conhecimento de inúmeras variáveis, é praticamente impossível saber, de início, qual alocação é a mais eficiente (assimetria de informações), até porque ela pode variar, caso a caso, e no tempo;

c) relevante papel a ser desempenhado pelo Estado passa a ser a criação de mecanismos que facilitem a realocação dos direitos, por meio da redução dos custos de transação. Esta ideia será mais explorada adiante, a partir da visão de Douglass North sobre o papel das instituições, e guiará o presente trabalho na identificação da função do Poder Judiciário no processo de geração de riquezas.

Contudo, para enfrentar os custos de transação é preciso conhecer as suas causas, e Coase não se dedicou com afinco a esta tarefa. Foi Oliver Williamson, como será visto a seguir, quem primeiro ofereceu uma explicação para os custos de transação, como surgem, porque surgem, e quais as consequências para as relações contratuais e a organização das empresas, entre outros aspectos.

1.2.3 A Teoria dos Custos de Transação: a contribuição de Oliver Williamson

Williamson (2005) também se mostrou insatisfeito com a Teoria Ortodoxa da Firma, porquanto o seu funcionamento interno e de outros modos de organização sempre foram negligenciados. A atenção dos neoclássicos, segundo o autor, está centrada na oferta e na demanda, nos preços e na produção. Tudo funciona bem dentro do alcance da teoria, mas, como interpretar as formas contratuais de produção? E o que pode resultar se a teoria ortodoxa for utilizada para desenhar políticas públicas, ou para lidar com problemas e anomalias dos mercados e das organizações?

Assim, em *Markets and hierarchies*, Williamson (PESSALI, 1999, p. 41-65) apresenta a ideia básica do modelo econômico que estava por desenvol-

ver: mercados e hierarquias são formas alternativas de organizar a produção capitalista, estando o tamanho da firma limitado à sua capacidade, não só de produzir um bem com menores custos que aqueles incorridos na produção atomizada no mercado, mas de ter menores custos, somados, de produção e transação. Assim, o conjunto de características das transações passa a ser visto como principal determinante da forma de organização da produção do bem ou serviço envolvido.

Na tentativa de justificar os movimentos de integração das empresas, os quais, segundo sua hipótese principal, teriam por objetivo o ganho de eficiência, e não necessariamente o controle do mercado relevante, Williamson defendeu uma outra hipótese para explicar a existência dos custos de transação. De acordo com o autor, os custos de transação estão relacionados a dois aspectos, que são a racionalidade limitada dos agentes (*bounded rationality*), chamada de pressuposto comportamental (WILLIAMSON, 1996, p. 55), e a especificidade dos ativos envolvidos nas negociações (*asset specificity*).

A racionalidade limitada é uma condição descrita por Herbert Simon (1986), e explorada por Williamson, em que o indivíduo tem um comportamento intencionalmente racional, mas apenas de forma limitada. Os agentes pretendem ser racionais, no sentido maximizador, mas só conseguem sê-lo parcialmente, posto que sua capacidade cognitiva e seu tempo para tomar decisões são limitados (PESSALI, 1999, p. 41-65). Tal abordagem permite compreender que mesmo o erro individual pode ser a mais elementar consequência de um comportamento racional. Dessa forma, um procedimento racional de decisão pode conduzir a um resultado subótimo, até mesmo contrário ao objetivo buscado, quando a informação que fundamenta a decisão é imperfeita. (GÉNÉREUX, 2006, p. 22). Esta é a primeira mudança em relação à economia neoclássica, que, como visto anteriormente, considera os agentes racionais aptos a conseguirem e processarem todas as informações necessárias para produzirem suas escolhas de forma eficiente.

Tenha-se, por exemplo, a situação do indivíduo que compra um imóvel rural com o objetivo de desenvolver alguma cultura em toda a extensão da propriedade, mas é surpreendido pela ordem de uma autoridade pública que impõe sobre o imóvel uma servidão de passagem. O ex-pro-

prietário do bem, que já conhecia a intenção da autoridade, porque recebera a visita de agentes públicos interessados em promover medições na propriedade, preferiu omitir este detalhe, com receio de que a transação não se concretizasse. Como é impossível obter todas as informações necessárias, diz-se que a racionalidade do agente é limitada, porque a intenção de maximização da utilidade está limitada pela incapacidade de conhecer todos os riscos e custos envolvidos em uma escolha.

Como consequência desta racionalidade limitada, todos os contratos complexos serão inevitavelmente incompletos (WILLIAMSON, 2005) e as partes sempre estarão mais ou menos expostas a algum tipo de risco. Risco de inadimplência da outra parte, de o bem adquirido não satisfazer às expectativas quantitativas e qualitativas, de o investimento não dar retorno financeiro, etc. Quão expostas aos riscos vai depender da capacidade de as partes preverem tais situações e da capacidade de desenharem salvaguardas contratuais eficazes, sendo certo que, por maior que seja a capacidade das partes, elas jamais estarão plenamente seguras ou livres de quaisquer riscos, fora o fato de que a tentativa de minimizar os riscos decorrentes da falta de informação gera custos para as partes interessadas.

Além da característica comportamental dos agentes, são de suma importância para o arranjo contratual as características do objeto do contrato, o que Williamson (1996, p. 55) chama de “especificidade dos ativos”. A especificidade, na verdade, está associada à maior ou menor dificuldade para que o ativo seja reempregado em usos alternativos, sem perder o seu valor. O argumento de Williamson é no sentido de que o agente que investe em ativos específicos figura em posição de fragilidade em relação à outra parte do contrato.

Para melhor compreensão deste ponto, tenha-se em mente dois exemplos:

Exemplo 1: de um lado, a empresa A que está construindo um avião ultramoderno e precisa de uma turbina com determinadas características não existentes no mercado, e, de outro, a empresa B, contratada para projetar e construir a tal turbina. Se, após a construção da turbina, a empresa A quiser renegociar o valor do contrato, a empresa B estará em posição desfavorável para negar a renegociação e, provavelmente, terá que ceder, surgindo o que se convencionou chamar de problema do refém (*hold up*). A explicação é sim-

ples: o bem produzido pela empresa B não possui possibilidades alternativas de aplicação, em virtude da sua especificidade, ou seja, a empresa não conseguirá outro comprador, porque a turbina só serve para um determinado modelo de avião que é construído por uma única empresa, o que a deixa em posição extremamente vulnerável na relação contratual, uma vez que a empresa A também detém esta informação e é um agente maximizador de utilidades que fará todo o possível para pagar menos pelo bem desejado.

Exemplo 2: de um lado, a empresa C que está instalando um escritório de representação comercial e deseja adquirir computadores e, de outro, a empresa D, contratada para fornecer os computadores. Nesse caso, em princípio, salvo algum outro aspecto aqui desconsiderado, não se pode falar em posição privilegiada de C, uma vez que, mesmo que o contrato venha a ser rescindido, a empresa D poderá facilmente realocar os computadores em outra negociação.

É visível, portanto, que a diferença de complexidade entre as duas situações exige cláusulas contratuais diferenciadas, o que torna a negociação, a execução e o monitoramento do comportamento das partes, no primeiro exemplo, muito mais custosa do que no segundo exemplo. Será necessário contratar advogados para elaborar um minucioso contrato com cláusulas de salvaguarda; estabelecer mecanismos de monitoramento da execução contratual, além de recorrer ao Poder Judiciário, ou outro mecanismo de solução de controvérsias, se o contrato não for cumprido espontaneamente.

O problema que surge quando agentes econômicos, limitados em sua racionalidade, investem em ativos específicos, é que eles ficam sujeitos a comportamentos oportunistas por parte dos outros contratantes. Pode ser o proprietário do imóvel que omite do comprador a informação acerca do interesse da administração pública na imposição de servidão administrativa; o comprador da turbina que explora a condição de único comprador possível do bem para impor a renegociação do valor do contrato, etc.

O comportamento oportunista, dessa forma, está associado à manipulação de assimetrias de informação, visando a apropriação de lucros. Por comportamento oportunista deve-se entender, portanto, a transmissão de informação seletiva, distorcida e promessas “autodesacreditadas” (*self-disbelieved*) sobre o comportamento futuro do próprio agente, isto é, o agente em questão estabelece compromissos que ele mesmo sabe, a prio-

ri, que não irá cumprir. Como não se pode distinguir *ex ante* a sinceridade dos agentes, surgem os problemas na execução e renovação dos contratos. (FIANI, 2002, p. 267-286).

Com efeito, torna-se necessário averiguar, *ex ante*, em que nível as partes envolvidas em uma relação contratual estão mesmo dispostas a fazer exatamente aquilo com o que se dizem comprometidas, além de desenvolver mecanismos *ex post* de monitoramento da execução do contrato. Tudo isso onera as relações econômicas com os chamados custos de transação.

Custos de transação, portanto, abrangem:

- os custos que as partes envolvidas em uma negociação incorrem para definir e quantificar os atributos do bem ou serviço que é objeto da troca, bem como os direitos de cada uma das partes sobre tais atributos;
- os custos para desenhar e implementar mecanismos de monitoramento da execução contratual e, por fim,
- os custos de ter que recorrer a uma instância independente para resolver as controvérsias que surgirem. Neste caso, devem ser contabilizados os custos da prestação do serviço, os custos com o tempo perdido, além do risco de o direito do contratante ser desrespeitado pela própria instância que irá decidir a controvérsia.

Pois bem, a partir das ideias aqui expostas, os estudiosos da Teoria dos Custos de Transação defendem que as integrações verticais não estariam necessariamente vinculadas à intenção de diminuir a concorrência no mercado, podendo objetivar a diminuição dos custos de transação, ou seja, os custos de recorrer ao mercado. Williamson argumenta, ainda, que, nos anos transcorridos entre o caso Schwinn (1967) e o caso GTE-Sylvania (1977), os economistas começaram a incorporar as considerações sobre custos de transação às suas análises sobre restrições verticais. Esta mudança no ambiente intelectual teria se refletido na alteração do entendimento jurisprudencial sobre o tema, pois, ao examinar o caso GTE-Sylvania, a Suprema Corte Americana reviu posicionamento anterior, manifestado no julgamento do caso Schwinn, no sentido de que restrições verticais seriam necessariamente anticompetitivas. (WILLIAMSON, 1985).

Assim, quando for tomar a decisão entre horizontalizar (mercado) e verticalizar (hierarquia) a aquisição de insumos, o agente econômico irá comparar as duas situações, nos seguintes termos: recorrer ao mercado

oferece a vantagem do preço compatível com a economia de escala, porém, impõe custos de transação; por outro lado, produzir o próprio insumo afasta, de imediato, os benefícios da economia de escala e coloca o empresário diante do problema agente-principal, mas, em compensação, liberta-o dos custos de transação.

Em síntese, ao contrário do que pressuposto pelos neoclássicos, não é tão simples transacionar no mercado. Os indivíduos encontram-se limitados em sua capacidade cognitiva e, portanto, situações em que a assimetria informacional e a especificidade dos ativos forem agudas poderão inviabilizar as transações se os custos incorridos para superar os problemas que surgem, associados aos custos de produção, superarem os benefícios.

A intensidade dos custos de transação, portanto, poderá definir se um determinado bem ou serviço será, ou não, posto à disposição da sociedade, por meio do mercado. Tudo vai depender da capacidade de as partes construírem salvaguardas contratuais eficazes e da atuação das instâncias competentes para fazerem cumprir os contratos e protegerem a integridade dos bens e serviços da interferência danosa de terceiros estranhos à relação contratual.

Assim, por exemplo, o serviço de canal de televisão fechado somente será oferecido se as partes cumprirem suas obrigações e uma instância independente for capaz de impor as sanções contratuais para as hipóteses de inadimplemento. Além disso, é preciso que estruturas organizadas sejam capazes de impedir o acesso ao sinal por parte daqueles que não contrataram com a empresa (os chamados “gatos”). Se assim não for, o serviço se tornará extremamente oneroso para a empresa e o preço impraticável para os usuários, levando à supressão do serviço.

Para resumir este tópico, os conceitos básicos, até aqui delineados, foram racionalidade limitada, especificidade dos ativos, comportamento oportunista e custos de transação, com a seguinte relação de causalidade entre eles: racionalidade limitada e especificidade dos ativos induzem comportamentos oportunistas, os quais, para serem evitados, minimizados ou superados, geram custos de transação que dificultam as trocas por torná-las mais onerosas ou, no mínimo, diminuem a riqueza gerada com a troca. A ideia é a seguinte: para tentar minimizar os efeitos da racionalidade limitada, da especificidade dos ativos e do comportamento oportunista as

partes terão que se empenhar na elaboração de contratos mais complexos e minuciosos, o que toma tempo e dinheiro, fora o fato de que o descumprimento do contrato pode ensejar recurso a uma instância de solução de controvérsias, cujo resultado, ao menos no Brasil, não é previsível.

É este, justamente, o ponto central do presente trabalho, ou seja, como deve se portar o Poder Judiciário, como instância de solução de controvérsias entre as partes que celebram um contrato, para não gerar custos de transação, ou gerar o mínimo possível? A resposta a esta pergunta elucidará o que se defende, no presente trabalho, como a função do Poder Judiciário no processo de crescimento econômico.

Antes, porém, o tópico seguinte examinará, de forma mais genérica, a importância das instituições como mecanismos de redução dos custos de transação, em especial, para a configuração de um ambiente seguro de trocas impessoais.

1.3 A nova economia institucional e o papel das instituições segundo Douglass North

De acordo com Douglass North (2008, p. 11), a Teoria Neoclássica está baseada nos pressupostos fundamentais da escassez e da competição por recursos escassos. Assim, suas harmoniosas implicações derivam dos pressupostos sobre ausência de atrito nos processos de troca, nos quais os direitos de propriedade são perfeitamente especificados, bem como, que a informação necessária para a realização das trocas é obtida sem qualquer custo. Vale dizer, não há custo de transação.

Contudo, os custos totais de produção consistem nos fatores envolvidos na transformação física dos atributos do bem e na transação (definir, proteger e impor os direitos de propriedade). Assim, uma vez que se reconheça que os custos de produção são o resultado da soma dos custos de transformação com os custos de transação, faz-se necessária uma revisão da Teoria Neoclássica. (NORTH, 2008, p. 28).

Assim, embora os pressupostos da escassez e da competição sejam robustos, os demais pressupostos neoclássicos são frágeis. Por isso, nos últimos trinta anos, outros economistas e cientistas sociais têm tentado modificar e refinar o modelo neoclássico para verificar o que foi esqueci-

do. Na visão de North, o que está sendo esquecido é a natureza da coordenação e cooperação humanas. (IDEM, p. 11).

North (IDEM, p. 12) lembra que os problemas de cooperação foram explorados pelos neoclássicos, a partir da Teoria dos Jogos, segundo a qual, para o indivíduo maximizador de riquezas, vale a pena cooperar com os outros jogadores quando o jogo é repetido, quando possuírem informação completa sobre a performance passada dos outros jogadores, e quando houver um pequeno número de jogadores. A explicação neoclássica é que a competição no mercado eliminaria a assimetria de informações que premia o comportamento não cooperativo e, dessa forma, as transações poderiam ocorrer sem custos.

Entretanto, a cooperação é difícil de ser sustentada quando o jogo não é repetido, quando há ausência de informação sobre os outros jogadores, e quando há um grande número de jogadores, sendo estas justamente as características da vida real que estão por trás das trocas impessoais. Assim, embora a Teoria dos Jogos demonstre os ganhos da cooperação e da não cooperação em vários contextos, ela não fornece uma Teoria dos Custos de Transação e não explica como estes custos são alterados por diferentes estruturas institucionais, sendo justamente estes os objetos principais das análises neoinstitucionais. (NORTH, 2008, p. 15).

Com efeito, mesmo enfrentando o problema da cooperação, a Teoria dos Jogos permanece no mundo coaseano, no qual as alocações eficientes serão atingidas, independentemente dos arranjos institucionais originais que promovem as alocações dos direitos, desde que não haja custos de transação. Mas, como no mundo real os custos de transação estão sempre presentes, a consequência é que o arranjo institucional inicial é relevante, como defende North.

A partir daí, o autor desenvolve sua teoria sobre o importante papel que as instituições desempenham por promoverem a alocação inicial dos direitos, bem como, por poderem facilitar ou dificultar a realocação eficiente dos direitos, mediante a redução ou aumento dos custos de transação.

É interessante notar que os economistas neoclássicos nunca afirmaram que as instituições não eram importantes para explicar os processos econômicos. O que eles dizem é que instituições ineficientes, em ambiente de concorrência perfeita, tendem a ser eliminadas com o tempo, e, sendo assim, não é preciso se preocupar com elas, porque somente as instituições eficientes permanecerão, após um processo de seleção natural. (NORTH, 2008, p. 7).

Mas, afinal, o que são as instituições, e para que servem? Segundo North (2006, p. 9-19), o conceito de instituição abrange qualquer forma de restrição que o ser humano cria para moldar as interações. Elas podem se apresentar como regras formais (leis, códigos, constituições) ou limitações informais (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta auto-impostos). Além disso, consideram-se instituições os mecanismos responsáveis pela eficácia desses dois tipos de normas, como o Poder Judiciário, que é o responsável por fazer cumprir as leis. Em suma, as instituições são criadas pelos próprios indivíduos para limitar e definir o seu conjunto de escolhas, e incluem, segundo Klein, o que os indivíduos estão proibidos de fazer e sob que condições alguns indivíduos são autorizados a empreender certas atividades.

North (2008) defende que o arcabouço institucional eficiente seria capaz de reduzir os custos das transações, por atenuar o problema da incerteza e facilitar a coordenação entre agentes e organizações, na medida em que, ao impor restrições (custos), as instituições limitariam o conjunto de escolhas socialmente indesejáveis dos indivíduos. A ideia é, quando os custos para os indivíduos agirem segundo suas próprias preferências e valores forem baixos eles se engajarão nas escolhas correspondentes; mas, quando os custos forem altos, eles deixarão as escolhas correspondentes de lado. É claro que, para surtir o efeito esperado o custo deve ser superior ao benefício extraído da escolha socialmente indesejável.

Avançando na sua abordagem, North (2008, p. 34) enxergou nos custos de transação uma das razões pelas quais alguns países são mais desenvolvidos do que outros. O autor surpreende ao relacionar o desenvolvimento econômico das nações à capacidade de construir instituições eficazes no combate aos custos de transação. Nesse sentido, quanto maior a aptidão para criar instituições capazes de reduzir os custos de transação, maiores serão as condições favoráveis ao desenvolvimento econômico.

Com este mesmo pensamento, Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 6) afirmam que, se a sociedade for capaz de criar instituições que reduzam os custos das transações, então, os indivíduos se engajarão em negociações para resolver os problemas alocativos dos direitos.

A lógica northiana para a geração de riquezas, portanto, é a seguinte: divisão do trabalho e especialização da mão de obra, condições neces-

sárias para a troca em larga escala e a geração de riquezas, requerem a expansão do mercado, porém, um mercado expandido leva ao aumento da incerteza e da desconfiança entre os agentes pelo receio de condutas oportunistas, típicas das relações impessoais. Assim, na ausência de instituições capazes de diminuir os custos que as partes terão que incorrer para se precaverem e enfrentarem os comportamentos oportunistas, as trocas mais relevantes para a geração de riquezas deixarão de ocorrer, limitando-se os indivíduos a transacionarem com pessoas inseridas em um círculo reduzido de confiança. Outro problema é que as empresas deixarão de inovar com medo de que a transação envolvendo um produto estranho ao mercado não possa ser suficientemente protegida.

Pela abordagem neoinstitucionalista, portanto, o desenvolvimento econômico não é mais considerado como um gradual e inevitável processo de transformação rumo à especialização e divisão da mão de obra. Ao contrário, o desenvolvimento é visto como uma reação à evolução das instituições que dão suporte às relações sociais e comerciais. Nessa linha de raciocínio, o crescimento econômico depende do grau em que riscos potenciais do comércio podem ser controlados pelas instituições, as quais reduzam os custos de informação, estimulem a formação do capital e sua mobilidade, permitam que os riscos sejam compartilhados, além de facilitarem a cooperação. (KLEIN).

A ideia, portanto, é que as instituições corretas podem superar ou, no mínimo, reduzir o problema da desconfiança entre os agentes econômicos, gerado pelo medo de que os direitos de propriedade e os contratos não sejam respeitados, criando, assim, um ambiente favorável para as trocas. Como, de regra, os agentes não confiam uns nos outros, eles somente se engajarão em trocas impessoais se puderem confiar nas instituições que estruturam as trocas.

Em suma, para que a cooperação inerente ao funcionamento de uma economia de mercado possa ocorrer de forma sistemática, os indivíduos precisam confiar naqueles com os quais estão negociando, mas, na falta desta confiança, situação que representa a grande maioria dos casos, terão que confiar nas instituições que induzem ou restringem o comportamento individual em favor da cooperação (BUENO, 2004, p. 361-420). Portanto, se a regulamentação de trocas em uma economia capitalista fosse deixada livremente a cargo de normas sociais, sem normas e instituições formais que as sustentasse, um número menor de trocas ocorreria devido ao pro-

blema da falta de confiança mútua (ANÁLISE..., 2010).

É interessante verificar que, apesar de a teorização sobre a importância das instituições no processo de troca ser relativamente nova, a aplicação desta ideia é antiga, principalmente no que diz respeito às instituições informais. Vários são os exemplos.

Greif (1989, p. 857-882) demonstrou que os comerciantes judeus do século XI superavam o problema da desconfiança mediante a aplicação de um código de conduta, usando a ameaça do ostracismo como mecanismo disciplinar. Wilson (1980, p. 491-504) conduziu um estudo sobre o mercado de peixe fresco da Nova Inglaterra e descobriu que por trás do funcionamento daquele mercado estava um sistema de dependência mútua criado pelos arranjos contratuais, baseado na reputação dos comerciantes. Brinig (1990, p. 203-215) buscou resposta na estrutura institucional para explicar o repentino aumento da demanda por anéis de diamante, a partir de 1930. A explicação, segundo ela, está relacionada à extinção, em muitos estados americanos, da ação por quebra de compromisso de casamento, ocorrida na mesma época. Como a ação foi extinta, tornou-se necessário criar outro mecanismo para garantir a credibilidade do compromisso de casamento. O anel de noivado foi o mecanismo encontrado para salvaguardar o investimento específico da futura noiva. É dizer, em troca da sua boa reputação, ela recebia uma joia preciosa para garantir que o compromisso não seria desfeito e sua honra abalada.

Ao caminhar para o fim deste tópico, é importante esclarecer a diferença entre as abordagens de Williamson e North. Ambos focaram os custos de transação, contudo, enquanto o primeiro está preocupado em enfrentar os custos de transação com arranjos organizacionais (estruturas de governança); o segundo defende que os custos de transação podem ser amenizados por instituições eficientes. Por isso, parte da literatura neoinstitucionalista foca o **ambiente institucional**, buscando entender sua influência sobre, de um lado, o desempenho econômico e, de outro, o comportamento dos agentes econômicos. Os trabalhos de Douglass North, por exemplo, adotam primordialmente essa perspectiva. Há, porém, outro conjunto de trabalhos, entre os quais se destacam os de Ronald Coase

e Oliver Williamson², cujo foco recai sobre os **arranjos institucionais** criados pelos próprios agentes econômicos para estruturar suas relações a fim de economizar em custos de transação. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 63).

O foco do presente trabalho está no ambiente institucional composto pelas instituições formais e pelos mecanismos de coerção (*enforcement*), portanto, mais ligado às ideias de Douglass North, que considera a matriz institucional como uma estrutura de incentivos capaz de reduzir custos de transação e, conseqüentemente, afetar as escolhas dos indivíduos.

Assim, retomando os pressupostos neoclássicos do comportamento dos indivíduos – dos quais North não se desfez, apesar de defender algumas modificações – no sentido de que os indivíduos pesam os custos e benefícios das suas escolhas, e reagem a incentivos, as instituições corretas serão capazes de impor custos aos indivíduos que queiram agir de forma oportunista, reduzindo, dessa forma, os custos das transações, ou, em última análise, superando o problema da falta de confiança, própria dos mercados impessoais.

A ideia central deste tópico é que, se houver instituições que protejam os contratos, tal como eles foram elaborados, e imponham custos para os comportamentos oportunistas, a tendência é que os indivíduos se sintam seguros para produzir, trocar e inovar, mesmo no contexto das relações impessoais.

Nesse sentido, segundo Fiani (2003, p. 135-149), os ganhos derivados das trocas estão diretamente relacionados à definição e garantia dos múltiplos atributos que compõem os direitos de propriedade. Quanto mais bem definidos e mais garantidos forem esses direitos, mais eficientes serão as instituições como sistema de incentivos ao desenvolvimento econômico das nações.

Para tanto, de acordo com Alston e Mueller (2003), cabe ao Estado o papel de assegurar os direitos de propriedade, em três sentidos: definir, interpretar e impor. Por isso, a partir de agora, no presente trabalho, o Direito será abordado como instituição que pode influir no custo das transações e no desenvolvimento econômico, e o Poder Judiciário como mecanismo institucional responsável pela aplicação do Direito, o que também lhe coloca na posição de influir nos custos das transações e no processo de geração de riquezas individuais e coletivas.

2 Sabe-se, hoje, que ambas as abordagens foram academicamente reconhecidas. North recebeu o nobel de economia em 1993, e Williamson, em 2009; além, é claro, de Coase, agraciado em 1991.

2 Estado de Direito, Poder Judiciário e crescimento econômico

A partir deste ponto, os conceitos e noções expostos serão aplicados para a análise de questões inerentes ao universo do Direito, é claro, mantendo-se a perspectiva da influência das instituições jurídicas no processo de geração de riquezas. Buscar-se-á identificar, a partir do referencial teórico apresentado, qual deve ser o papel do Poder Judiciário no processo de geração de riquezas para a sociedade, com especial ênfase para a atuação dos juízes ao decidirem questões de inadimplemento contratual (análise normativa). De outro lado, será mostrado como o Poder Judiciário tem atuado em tais questões e quais as consequências para o processo de crescimento econômico (análise positiva).

Antes, porém, é necessário um breve esclarecimento sobre a função do contrato como instrumento de geração de riquezas. Como e por que isso acontece?

2.1 O contrato como instrumento de geração de riquezas individuais e coletivas

Dentre as formas de realocação dos direitos, a que interessa no presente momento é o contrato, não apenas por ser um instrumento de troca entre agentes, mas, principalmente, pelo seu potencial para gerar riquezas para a sociedade como um todo, além, é claro, de beneficiar as

partes diretamente envolvidas na transação.

Como elemento fundamental das relações econômicas cotidianas, o contrato demorou para ser incorporado às análises econômicas.

A explicação para tal fenômeno, segundo Zylbersztajn, Sztajn e Azevedo (2005), está nos pressupostos em que se assentava a teoria econômica mais influente. Em seus modelos abstratos, como já foi visto no início deste trabalho, a economia neoclássica supunha que as interações econômicas se davam entre pessoas com capacidade cognitiva ilimitada e que dispunham de toda a informação relevante, a custo zero. Além disso, assumia-se que o sistema judicial poderia ser acessado, igualmente, sem custos, de tal forma que os contratos seriam efetivamente cumpridos. Contudo, a simples consideração de que uma parte no contrato pode possuir informações que a outra parte não possui, ou que somente pode obter com custos consideráveis (assimetria de informações), foi suficiente para que os contratos ganhassem importância, como instrumento de partilha de riscos e conseqüente fator de desempenho econômico.

Sob esta nova perspectiva, setores do pensamento econômico não ortodoxo passam a enxergar o contrato como instrumento de gerenciamento de assimetrias e geração de riquezas (benefícios), não apenas para as partes envolvidas, mas para a coletividade. É claro que, quanto maior o custo de transação incorrido pelas partes no intuito de minimizar os efeitos da assimetria de informações, menores serão as riquezas geradas.

Mas, afinal, de que forma as trocas geram riquezas, ou, como os contratos geram riquezas? A resposta é relativamente simples. Se as partes contratam, e não houve vício na manifestação de vontade, então, é possível supor que, para todas as partes, o contrato é vantajoso, em termos de custos e benefícios, pois, se não o fosse, como agentes racionais que são, não o teriam celebrado. E mais, se é vantajoso para todas as partes diretamente envolvidas, também o será para a coletividade, desde que não haja externalidades negativas, ou melhor, desde que os custos sociais gerados com as externalidades não superem os benefícios obtidos com a troca.

Por exemplo: o proprietário de um carro somente concordará em vendê-lo se o comprador pagar um preço superior ao que o proprietário acha que ele vale. Por sua vez, o comprador pagará o preço pedido pelo proprietário se ele achar que o carro vale mais do que o preço pedido. É importante

ficar claro que o sentido de valor não é monetário, mas, sim, o de utilidade.

Portanto, se ambos possuem mais do que possuíam, em termos de utilidade, após a celebração do contrato, então, é possível afirmar que a transação gerou riqueza para todos os envolvidos diretamente e para a sociedade. O bem sai das mãos de um indivíduo que o valoriza em 50 para as mãos de outro que o valoriza em 60. Quer-se, com isso, dizer que a troca voluntária gera riquezas para as partes diretamente envolvidas e para a coletividade. Assim, do ponto de vista econômico, é interessante que contratos com estas características sejam protegidos.

Aliás, é importante salientar os benefícios coletivos da cooperação entre os contratantes, ou seja, que a cooperação é a melhor opção se o objetivo é a geração de riquezas para a sociedade. Nessa trilha, a cooperação voluntariamente obtida deve ser juridicamente protegida em prol da coletividade, como será demonstrado no exemplo a seguir.

Considerando que um indivíduo quer comprar um bem que está à venda por 20, custou 15 para ser produzido por um marceneiro, e que ele – o comprador – valoriza em 25. Existem, a grosso modo, quatro situações que podem ser identificadas:

	PRODUZ	NÃO PRODUZ
Paga	A) 5 m; 5 comp; 10 col	B) 20 m; -20 comp; 0 col
Não Paga	C) -15 m; 25 comp; 10 col	D) 0 m; 0 comp; 0 col

Legenda: m - riqueza gerada para o marceneiro; comp - riqueza gerada para o comprador; col - riqueza gerada para a coletividade

A primeira situação (A), em que as partes cooperam e cumprem as suas obrigações contratuais e, por isso, obviamente incorrem em custos, cada uma ganha 5 e a riqueza total gerada é de 10. Na segunda hipótese (B), em que uma das partes não cumpre com as suas obrigações, o ganho individual para o marceneiro é maior do que na primeira hipótese em que houve cooperação, porém, o ganho coletivo é nulo. Além disso, existe um outro aspecto importante que precisa ser considerado. Apesar de o marceneiro ter ganho com este contrato (primeira rodada), ele deixará de celebrar novos contratos com aquele mesmo comprador ou outros compradores (rodadas futuras), ou seja, riquezas deixarão de ser geradas

por conta do comportamento oportunista do marceneiro. Quem tiver conhecimento do comportamento oportunista do marceneiro não escolherá transacionar com ele, ou, se o fizer, terá que impor uma série de salvaguardas onerando excessivamente a transação com repercussão negativa na geração de riquezas.

O mesmo ocorre na terceira hipótese (C), ou seja, o comprador ganha a custo zero um bem que ele valoriza em 25, mas que teve um custo de 15 para ser confeccionado pelo marceneiro, que não recebeu nada pelo serviço. Apesar do ganho individual para o comprador de 25 e para a coletividade de 10, outros contratos deixarão de ser celebrados.

Por isso, é socialmente desejável que as partes de um contrato particular cumpram suas obrigações, não apenas pensando na rodada presente, mas, também, nas rodadas futuras, principalmente, porque rodadas futuras entre as mesmas partes tendem a diminuir o custo das transações, tendo em vista que o vínculo de confiança se fortalece e, se o custo da transação diminui, maiores serão as riquezas geradas.

O contrato desempenha, assim, a função de reduzir e, principalmente, alocar e distribuir riscos entre as partes. Todo este aparato cria um estado de equilíbrio favorável às trocas por gerar nas partes a expectativa de que as obrigações serão cumpridas, os direitos observados e as possibilidades de comportamentos oportunistas minimizados.

O contrato, na verdade, nada mais é do que um ajuste entre direitos, obrigações e sanções recíprocas, por meio do qual os riscos inerentes a qualquer transação são partilhados entre as partes contratantes. Segundo Pinheiro e Saddi (2005, p. 125-126), o risco existe e a forma de mitigá-lo é celebrar um contrato em que se estimam condições e situações que possam ocorrer no seu cumprimento. Por sua vez, o aspecto essencial que gera a expectativa de que os contratos serão obedecidos pelas partes é a sanção prevista para a hipótese de inadimplemento. Se os custos previstos para a conduta violadora do contrato forem superiores ao seu benefício, a parte, como agente racional, não incorrerá neste comportamento, o risco do inadimplemento é reduzido e a probabilidade de geração de riquezas aumenta.

Surge, contudo, a seguinte questão: se se presume que o ajuste voluntário é vantajoso para as partes, porque é necessário estipular penali-

dades para o caso de inadimplência? Em princípio, se é vantajoso, não faz sentido pensar que qualquer dos contratantes irá descumprir o contrato, considerando sua racionalidade. O problema é justamente este, o comportamento racional dos indivíduos.

Qualquer parte contratual pode vislumbrar, como foi visto, uma situação que gere maior riqueza individual do que a gerada com o cumprimento do contrato. Nesse caso, se não houver algum mecanismo inibidor de comportamentos oportunistas, a tendência é que ela se engaje neste tipo de conduta. É o caso do marceneiro que recebe pelo bem, mas não o entrega ao comprador. O marceneiro ganha 20, mas o comprador perde 20, ou seja, a riqueza gerada para o marceneiro é 20, mas para a coletividade é zero.

As cláusulas contratuais revelam, portanto, o grau de comprometimento das partes com o contrato, mas, além disso, revelam as medidas necessárias para diminuir o risco da inadimplência. Portanto, qualquer evento que modifique algum dos elementos do contrato, e não seja desejado por todas as partes, altera o estado de equilíbrio obtido e, conseqüentemente, as expectativas de adimplemento contratual, não sendo mais possível dizer se o desfecho da relação será socialmente desejável e, menos ainda, se será vantajoso para as partes.

Por tudo isso, ao menos do ponto de vista da geração de riquezas, é tão importante que os contratos livremente celebrados sejam protegidos. É importante que seja garantida a liberdade contratual, ou seja, liberdade para um indivíduo decidir se se engaja, ou não, em uma relação contratual, e liberdade para definir os termos do contrato, o que, conseqüentemente, gera a vinculação da vontade manifestada.

É necessário, portanto, que existam leis que protejam os arranjos contratuais livremente pactuados e mecanismos eficazes de imposição das leis e dos contratos. Daí a importância de se estudar a relação entre Estado de Direito e geração de riquezas, como será visto no tópico seguinte.

2.2 Estado de Direito, Teorema de Coase e geração de riquezas

Retomando a análise do papel das instituições no processo de geração de riquezas, e tendo já a ciência da importância dos contratos neste

processo, qual deve ser, então, a postura do Poder Judiciário diante de lides processuais que envolvam inadimplemento contratual?

A resposta a esta pergunta exige nova incursão pelo Teorema de Coase.

Na verdade, o que Coase quis dizer no seu artigo seminal de 1960 (*The Problem of Social Cost*) foi que, em um mundo em que não haja custos de transação, a alocação inicial dos direitos de propriedade, promovida pelo Estado, é irrelevante, pois as partes não terão empecilhos para negociar, e, assim, os direitos poderão ser realocados com a maior geração de riquezas possível.

Contudo, considerando que a ausência total de custos de transação não é uma realidade, e que alocar originariamente direitos da forma mais eficiente possível é uma tarefa impossível – já que afirmar que o Estado sabe qual a melhor alocação é presumir que ele conhece todas as preferências de todos os cidadãos, e isso, além de ser inverídico, viola o pressuposto da assimetria de informações – resta ao Estado, no processo de geração de riquezas, o papel de facilitar a realocação dos bens e direitos, por meio de medidas que promovam a redução dos custos das transações ou que, no mínimo, não imponham novos custos de transação.

Combinando, portanto, Teorema de Coase, que, *a contrario sensu*, exalta a importância do Estado no processo de realocação eficiente dos direitos, com a tese defendida por North, sobre o papel das instituições no processo de geração de riquezas, é possível pensar que os custos das transações podem ser enfrentados com: 1) leis claras, objetivas e aprovadas pelo parlamento segundo um processo legislativo previamente definido pela Constituição, e 2) Poder Judiciário que aplique as leis de forma imparcial e previsível, e respeite os arranjos contratuais livremente pactuados em todos os seus aspectos, principalmente, na aplicação das sanções, evitando, dessa forma, comportamentos oportunistas. Nada mais, nada menos, do que a noção mais elementar de Estado de Direito.

Aliás, nesse sentido, Campilongo (1997, p. 112) afirma que, para a conceituação liberal, Estado de Direito significa a conjugação de pelo menos três elementos: a) o império da lei estatal; b) a transparência da atuação do Estado na produção das leis, decisões judiciais e atos administrativos, e c) equilíbrio e controle entre os poderes.

O que chama a atenção para a visão de Estado de Direito que ora

se apresenta neste trabalho, em relação às concepções mais tradicionais, como a descrita acima, é que a combinação entre Teorema de Coase e Nova Economia Institucional permite a formulação de um conceito funcional de Estado de Direito com ênfase na geração de riquezas e no crescimento econômico dos países, algo que os juristas dos países em desenvolvimento deixaram de lado, porque sempre estiveram mais preocupados em estudar a concepção inicial de Estado de Direito, ou seja, leis para reagir ao absolutismo dos governantes, como no Estado de Direito liberal, ou, mais recentemente, leis para obrigar o Estado a cumprir compromissos sociais descritos na Constituição, o chamado Estado Social de Direito.

Outro aspecto interessante, que será abordado no tópico seguinte deste trabalho, é que, quando se combina Estado de Direito com a visão mais realista da Nova Economia Institucional sobre o processo de escolha dos indivíduos e como eles se relacionam em ambiente de assimetria de informações, percebe-se que não há Estado de Direito efetivo sem Judiciário efetivo. É dizer, não basta a previsão legal ou a existência de contrato entre as partes, é necessário que exista uma instituição apta a impor a lei e fazer cumprir o contrato em todos os seus termos, pois o contrato, celebrado em um determinado contexto fático-normativo, foi o instrumento escolhido pelas partes para reduzir os efeitos da assimetria informacional, e, dessa forma, viabilizar a transação.

Sobre o primeiro aspecto, ou seja, a visão funcional do Estado de Direito, Tamanaha (2007) observa que, além da função de impor restrições legais aos governos, uma outra função do Estado de Direito é manter a ordem e coordenar o comportamento e as transações entre os cidadãos. Nesse sentido, dentre os benefícios do Estado de Direito estão o aumento da certeza, previsibilidade e segurança nas relações cidadão-governo e cidadão-cidadão, e, especificamente a respeito das relações entre cidadãos, afirma o autor que as pessoas estarão dispostas a interagir umas com as outras se souberem com antecedência as regras que serão aplicadas caso haja algum problema ou uma disputa entre elas.

Igualmente, Bobbio (2000, p. 172) já ressaltava a importância da previsibilidade e calculabilidade das consequências das ações como fator relevante no incremento das relações econômicas. Segundo o autor, enquanto os antigos, sensíveis de modo particular ao problema do governo

tirânico, colocaram em destaque, sobretudo, a função igualizadora da lei, os modernos exaltaram a função que o governo pode desempenhar, emanando normas abstratas, para assegurar a previsibilidade e, portanto, a calculabilidade das consequências das próprias ações, favorecendo assim o desenvolvimento do intercâmbio econômico.

Tamanaha (2007) reforça esta mesma ideia, destacando a importância do Estado de Direito como mecanismo de superação da falta de confiança interpessoal, dizendo que:

O Estado de Direito aumenta a certeza, previsibilidade e segurança. Além de aumentar a liberdade, é sabido que a economia de mercado se beneficia destas qualidades em dois diferentes aspectos, o primeiro, relacionado com os contratos, e o segundo, com a propriedade. Em primeiro lugar, os agentes econômicos podem prever com antecedência os custos e benefícios das futuras transações, o que os habilita a tomar as decisões mais eficientes. Uma pessoa pode iniciar uma relação contratual com alguma segurança das consequências possíveis, ainda que a outra parte deixe de cumprir os termos do contrato. Este aspecto estimula a contratação com estranhos ou partes mais distantes, o que aumenta a extensão e a frequência das interações comerciais, aumentando o tamanho do bolo. Em segundo lugar, a proteção da propriedade (e das pessoas), garantida pela lei, oferece segurança no sentido de que os frutos do trabalho estarão protegidos contra a expropriação dos outros. Esta segurança liberta os indivíduos para alocarem a maior parte dos seus esforços em atividades produtivas, e aproveitar os seus benefícios, ao invés de gastarem tempo e esforços na proteção dos ganhos já auferidos.

Se a ideia, portanto, é relacionar crescimento econômico ao Estado de Direito, no sentido de que a lei e o contrato servem como instrumento de superação do problema da falta de confiança interpessoal, então, é preciso que, antes de mais nada, existam regras claras e objetivas sobre direitos de propriedade e contratos, e que os conflitos surgidos possam ser resolvidos por um terceiro desinteressado que não altere a previsibilidade e a calculabilidade atingidas com o arranjo contratual. Vale dizer, a presença de um Judiciário confiável é absolutamente indispensável para afastar comportamentos oportunistas, reduzir custos de transação e, conseqüentemente, aumentar a geração de riquezas das transações econômicas.

É nesse sentido que o presente trabalho, a partir deste ponto, passa

a ser desenvolvido, ou seja, será focado o papel do Poder Judiciário como instituição necessária à plena efetivação das cláusulas contratuais e manutenção das expectativas iniciais dos contratantes, do que decorrerá a diminuição de comportamentos oportunistas e dos custos das transações, possibilitando, dessa forma, resultados mais expressivos no campo da geração de riquezas.

2.3 O Poder Judiciário como instituição necessária ao crescimento econômico: previsibilidade e confiabilidade das decisões judiciais proferidas em questões contratuais

Inicia-se este tópico relembando que a matriz institucional de uma sociedade em um determinado tempo é constituída de regras formais e informais, assim como pelas instituições que garantem a aplicação dessas regras. O Poder Judiciário é justamente uma destas instituições que impõem a observância das regras e dos pactos (*enforcement*).

Se, na linha de pensamento da Nova Economia Institucional, a presença de instituições que ajudem a superar o problema da falta de confiança nos relacionamentos interpessoais é indispensável; se instituições confiáveis são indispensáveis, então, um Judiciário confiável também é indispensável. Portanto, se as instituições importam, então, o Poder Judiciário também importa. O foco da pesquisa é justamente este, ou seja, a importância de um Judiciário confiável e previsível como condição necessária para a criação de um ambiente de trocas juridicamente seguro.

Seguindo essa linha de raciocínio, Cooter e Schäfer (2006) destacam a importância da efetiva aplicação das normas como fator de crescimento econômico. Segundo os autores, a legislação em um país pobre, em geral, assemelha-se às leis de um país rico. Por exemplo, as normas escritas sobre propriedade e contratos na Índia e na Nigéria são parecidas com o Direito inglês, e a legislação codificada sobre propriedade e contratos no Peru é semelhante ao Código Civil da Espanha. As leis e regras jurídicas, no entanto, são menos eficientes na Índia, na Nigéria e no Peru do que são as leis ou regras jurídicas da Inglaterra ou da Espanha.

Pois bem, se a efetiva aplicação das leis e a observância dos contratos

livremente pactuados são condições necessárias para o desenvolvimento econômico, é importante destacar que a efetividade das normas (legais e contratuais) depende da aplicação das sanções previstas para o caso de desobediência, e é justamente aí que ganha relevo a atuação do Poder Judiciário. Não basta, como já foi dito, dispor sobre regras de atribuição de direitos e celebrar contratos; é preciso que as regras sejam aplicadas e os contratos efetivamente respeitados pelas partes, o que depende da interferência de uma instituição capaz de impor sanções pelo descumprimento das regras formais.

É nesse sentido que, como fontes e fiadoras dos direitos de propriedade, as instituições políticas merecem de North atenção especial. Sua intervenção é dispensável nos casos de contratos que emergem no interior de redes sociais de alta densidade, nas quais os agentes dispõem de elevado conhecimento mútuo, envolvidos que estão em repetidas trocas. Sob tais condições, os custos de transação se veem muito reduzidos e o respeito aos acordos estabelecidos é a norma. Nas trocas impessoais, contudo, tais condições estão ausentes. Nelas, os custos de mensuração costumam ser grandes; o engodo, a fraude, o oportunismo são possibilidades sempre presentes; os contratos são tipicamente incompletos – visto que sua vigência ao longo do tempo supõe inúmeros imponderáveis – e a sanção de uma terceira parte, capaz de dirimir litígios e fazer valer suas decisões, torna-se, em consequência, obrigatória. (VELASCO E CRUZ, 2003).

A visão pragmática que a Nova Economia Institucional tem do direito de propriedade é bastante esclarecedora, para os juristas, sobre a distância que existe entre dispor sobre regras (leis e contratos) e torná-las efetivas.

Mello e Esteves, nesse sentido, ressaltam a falta de comunicação entre economistas e juristas justificando-a no recorte analítico próprio de cada disciplina e na divergência entre os padrões de discurso racional, porque se movem em planos de análise distintos: ser e dever-ser. De um lado, o estudo do direito se preocupa com o significado normativo logicamente correto que deve corresponder ao enunciado verbal da norma, investindo o sentido dos preceitos que se apresentam como uma ordem determinante da conduta, estabelecendo-lhes o sentido lógico-formal e ordenando-os num sistema lógico sem contradições – a ordem jurídica, que se refere ao plano do dever-ser. Por outro lado, a ordem econômica

diz respeito ao mundo dos acontecimentos reais, da distribuição de poder efetivo sobre bens e serviços e o modo pelo qual estes se empregam, relacionando-se, dessa forma, com o plano do ser. Em princípio, portanto, não faz parte do objeto do direito a indagação sobre se os destinatários cumprem ou não as normas e porque o fazem; menos ainda se dessa conduta resultam os efeitos desejados e/ou efeitos colaterais sobre o mundo real. Mais preocupado com princípios e premissas normativos, o jurista muitas vezes despreza os problemas reais decorrentes da aplicação de uma norma, pouco lhe importando o que efetivamente acontecerá em função de certa decisão legislativa ou judicial.

É por isso que, para o Direito, ser proprietário significa que alguém possui uma relação, protegida por lei, com um determinado bem material ou imaterial, o qual pode usar, fruir e dispor, além de poder excluí-lo de terceiros³. Porém, para a Nova Economia Institucional, a noção de direito de propriedade está mais associada à ideia de conjunto de direitos sobre um determinado recurso (BARZEL, 1989), e, portanto, a oponibilidade deste conjunto de direitos depende da capacidade efetiva de se poder excluir o acesso de terceiros aos recursos, e não do que consta formalmente da lei. Vale dizer, a manutenção da propriedade gera custos, os quais sempre foram ignorados pelos juristas e, até mesmo, pelo pensamento econômico ortodoxo.

Pois bem, pela visão realista nos neoinstitucionalistas, o fato de um indivíduo ser proprietário de um imóvel rural não o livra de ter seu bem invadido por terceiros. É claro que existem mecanismos legais disponíveis para que o proprietário possa reaver seu bem. Contudo, o que os juristas desconsideram, quando estudam o direito de propriedade, é que reaver o bem gera custo. Custo para identificar a magnitude da invasão, custo para tentar negociar com os invasores a retirada pacífica, custo para contratar um advogado, para ajuizar a ação competente, custo para recorrer a uma instância superior, se for o caso; custo decorrente da espera pela decisão judicial; para promover a retirada forçada; para fazer o levantamento dos prejuízos causados pela invasão, além do próprio prejuízo; custo para

3 BRASIL. **Código Civil**. Art. 1.228, do CC: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

tentar negociar a recomposição voluntária dos prejuízos, para contratar advogado para ingressar com ação de reparação de danos, e por aí vai.

Com efeito, não basta que a lei diga que um indivíduo tem direito de propriedade sobre um determinado bem; inúmeros outros aspectos estão envolvidos quando se encara de forma realista a questão da efetividade dos direitos. Admite-se, portanto, que os direitos não são absolutos pela incapacidade fática de protegê-los e, por isso, é presumível que alguns estarão mais ou menos protegidos. Como consequência, os detentores de direitos menos protegidos sujeitam-se mais a comportamentos oportunistas e, por outro lado, a tentativa de protegê-los aumenta o custo das transações, realidade que os juristas desconsideram.

Segundo Barzel (1989), portanto, é razoável supor que os custos de proteger cada direito são crescentes no nível de segurança desejado, de modo que nunca compensará tentar obter um direito completamente seguro. Por isso, alguns atributos do bem permanecerão no domínio público, o que gera incentivos para que outros agentes despendam recursos para tentar capturá-los (comportamento oportunista).

Essa perspectiva afeta a forma como o proprietário usará e investirá na proteção do direito de propriedade sobre o recurso. Se o custo para minimizar os efeitos dos comportamentos oportunistas for exacerbado, então, não haverá incentivo para investir em um determinado bem ou direito.

Em suma, não basta que a lei defina e aloque o direito a um determinado agente, é preciso que as instituições sejam capazes de oferecer, de forma efetiva, um grau mínimo de proteção para os recursos. Este grau mínimo de segurança terá que ser suficiente para gerar nos indivíduos o estímulo para que decidam transacionar. Do contrário, o custo para superar a falta de segurança jurídica poderá desestimular a transação.

No âmbito das relações contratuais, Fiani (2003, p. 135-149) observa que os ganhos derivados das trocas estão diretamente relacionados à definição e garantia dos múltiplos atributos que compõem os direitos de propriedade. Assim, quanto mais bem definidos e mais garantidos forem esses direitos, mais eficientes serão as instituições como sistema de incentivos ao desenvolvimento econômico das nações. É claro que o autor se refere ao Poder Judiciário quando fala em garantia dos atributos dos bens negociados.

Portanto, é preciso que os direitos sejam efetivamente respeitados. O mesmo vale para os contratos. De nada adianta as partes estabelecerem regras recíprocas e sanções pelo inadimplemento das obrigações se não há a expectativa de que elas serão observadas voluntariamente ou, ao menos, impostas por um terceiro que faça cumprir o contrato.

Para ressaltar a importância da atuação do Poder Judiciário nas decisões dos indivíduos sobre investimentos, Dam (2006, p. 94), reportando-se às conclusões de um relatório do Banco Mundial, lembra que:

Empresas no Brasil, Peru e Filipinas relataram que estariam dispostas a aumentarem os investimentos se elas tivessem mais confiança nos tribunais dos seus países. Empresas na Albânia, Bulgária, Croácia, Equador, Moldávia, Peru, Polônia, Romênia, Rússia, Eslováquia, Ucrânia, e Vietnã disseram que relutariam em trocar de fornecedores, mesmo que lhes fossem oferecidos preços menores, por medo de não conseguirem acessar os tribunais para que estes fizessem cumprir os contratos.

É interessante o resultado da pesquisa, no sentido de que investidores preferem manter o fornecedor e pagar mais caro pela matéria-prima do que mudar de fornecedor e pagar mais barato. Por que? Porque como diz o ditado popular “o barato pode sair caro”. Eles já conhecem o fornecedor e conseguiram estabelecer uma relação mínima de confiança mútua (múltiplas rodadas); ao passo que o novo fornecedor é desconhecido, não se sabe como procederá (primeira rodada), e o que é pior, não sabem como o Poder Judiciário irá se pronunciar na hipótese de descumprimento do contrato. Tudo isso eleva os custos da transação e faz com que as empresas prefiram permanecer com o fornecedor que cobra mais caro pela matéria-prima.

Esta situação é muito esclarecedora para demonstrar a diferença entre as análises da Microeconomia Neoclássica e da Nova Economia Institucional. Pela primeira, que desconsidera os custos das transações, a melhor opção seria a troca de fornecedor; enquanto que, pela segunda, a melhor opção seria a manutenção do fornecedor, porque os custos de transação precisam ser contabilizados no custo total do empreendimento. Um jurista, com formação tradicional, provavelmente acompanharia a decisão do economista neoclássico; o jus-economista, não.

Em outro caso, Williamson (2005) destaca o estudo sobre a privati-

zação do setor de telecomunicações, realizado por Brian Levy e Pablo Spiller, que comparou o ambiente institucional em cinco países e revelou que, entre outros aspectos, a decisão e a forma da privatização variam de acordo com a condição e qualidade da independência do Poder Judiciário.

Aprofundando nesta questão, Pinheiro (2000, p. 14-15) afirma que a imprevisibilidade do Poder Judiciário pode ter impacto negativo sobre o desenvolvimento econômico das nações. Segundo o autor, os problemas que afetam o Poder Judiciário na maior parte dos países em desenvolvimento, traduzindo-se em justiça morosa e por vezes parcial ou imprevisível, prejudicam o desempenho econômico desses países de diferentes maneiras. A proteção insuficiente dos contratos e dos direitos de propriedade estreita a abrangência da atividade econômica, desestimulando a especialização e dificultando a exploração de economias de escala, desencoraja investimentos e a utilização do capital disponível e, por fim, mas não menos importante, distorce o sistema de preços, ao introduzir fontes de risco adicionais nos negócios.

A ideia central deste tipo de abordagem está toda ela calcada na teoria neoinstitucionalista. Explica-se: o quadro normativo e o arranjo contratual funcionam como uma estrutura de incentivos para os indivíduos, a partir da qual tomam as suas decisões de contratar e investir e esperam que as partes com que se relacionam cumpram suas obrigações, ou um terceiro ente faça com que sejam cumpridas.

Mas, se o estímulo para que os indivíduos se engajem em relações econômicas é alterado, porque a instituição competente para impor as regras contratadas deixa de fazê-lo, ou o faz a destempo, a segurança jurídica ficará ameaçada e os indivíduos tenderão a não mais se engajarem em relações comerciais, pois não conseguem mais prever como suas relações se desenvolverão e como serão dirimidas as controvérsias surgidas, já que a expectativa inicial de aplicação da regra contratual não é garantida.

Nesse sentido, segundo Montoro (2009), um bom ambiente de negócios requer mais do que boas regras. É fundamental que elas sejam bem interpretadas, bem aplicadas e assim sejam percebidas pelos atores econômicos, pois esta percepção influenciará as decisões de produção e investimento.

Igualmente, afirma Buscaglia que:

[...] as leis ficam sem sentido sem um sistema judicial efetivo para interpretá-las. Aplicação e interpretação consistente das leis pelos tribunais fornece um ambiente institucional estável no qual consequências a longo prazo das decisões econômicas podem ser alcançadas pelas empresas e pelo público. Neste contexto, um sistema judicial ideal é composto de instituições capazes de aplicar e interpretar leis de forma justa e eficiente.

Pois bem, como já fora dito, a geração de riquezas depende de mercados expandidos que permitam a exploração das vantagens da especialização da mão de obra e da divisão do trabalho. Contudo, mercados expandidos geram desconfiança entre os agentes econômicos, impondo-lhes enormes custos de transação. A solução, portanto, oferecida pela NEI, é que sejam estruturadas instituições capazes de superar/minimizar o problema da falta de confiança entre os agentes econômicos e, assim, reduzir os custos de transação.

É por isso que o Poder Judiciário deve ser confiável aos olhos dos agentes econômicos. Porém, para ser confiável, entre outros aspectos, o Poder Judiciário deve ser previsível, o que significa aplicar aos casos examinados as regras que os indivíduos já conhecem e que, inclusive, forjaram os incentivos e arranjos contratuais.

Mas, se o Poder Judiciário, que é, na nossa sociedade, a principal instituição responsável por impor às partes os termos contratuais, resolver alterá-los, por entender, por exemplo, que uma determinada cláusula contratual é incompatível com algum princípio supralegal?

Qual o efeito, por exemplo, da decisão que, com fundamento no princípio da proporcionalidade, altera o montante da multa contratual prevista para o caso de inadimplemento? Da decisão que garante o mutuário inadimplente no imóvel, amparada no princípio da dignidade da pessoa humana? Da decisão que exclui a responsabilidade do fiador, com fundamento no direito à moradia?

Que tipo de efeito decisões desta natureza geram para a economia de um país? Qual o impacto de tais decisões sobre a análise custo/benefício dos agentes econômicos?

Em relação ao primeiro exemplo, uma coisa é diminuir o valor da multa contratual porque a lei claramente diz que a multa não pode ser superior a 100 e o contrato prevê multa de 150. Nesse caso, a multa deverá ser

reduzida. Outra situação, completamente distinta, é o juiz entender que a multa é exorbitante porque viola o princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana e decidir reduzi-la a um valor que ele considera justo.

É este tipo de situação que está em exame no presente trabalho. É dizer, decisões judiciais que alteram o arranjo contratual ao qual as partes livremente aderiram e que, portanto, fundaram expectativas de que seria obedecido de forma espontânea pela outra parte ou imposto pelo Poder Judiciário, no caso de descumprimento voluntário.

Antes de responder às perguntas sobre os efeitos de tais decisões sobre as escolhas dos indivíduos, é preciso compreender o fenômeno que vem ocorrendo no Brasil, caracterizado pelo aumento do número de decisões judiciais que afastam os referenciais legais e contratuais, baseadas em princípios constitucionais sem conteúdo definido ou definível. É o que será brevemente apresentado no início do próximo tópico.

3 Decisões judiciais *contra legem* e contra contrato: efeitos e incentivos para os agentes econômicos

3.1 Breve introdução ao movimento jurídico neoconstitucionalista

Dentre os problemas das decisões judiciais que afetam a confiabilidade do Poder Judiciário perante os agentes econômicos optou-se, no presente trabalho, por analisar os efeitos das decisões fundamentadas em princípios constitucionais carentes de conteúdo definido ou definível, as quais afastam os referenciais legais e contratuais que forjaram a livre manifestação de vontade dos contratantes.

Antes de explicar os efeitos nocivos de decisões judiciais com estas características sobre as escolhas dos agentes econômicos, é preciso compreender a origem e em que consiste o movimento conhecido como neoconstitucionalismo – efeito colateral do processo de constitucionalização dos direitos –, que nasceu na Europa Continental para posteriormente aportar na América Latina.

Pois bem, o movimento de constitucionalização dos direitos tem como marco histórico a Constituição de Weimar, que vigorou na Alemanha de 1919 a 1933, e notabilizou-se pela consagração de direitos sociais.

Como era de se esperar, o movimento perdeu fôlego com o início da 2ª Guerra Mundial, mas, ao final do conflito bélico, ressurgiu com força na Europa, na própria Alemanha (Lei Fundamental de Bonn, de 1949), e em paí-

ses como Itália (1956), Portugal (1976) e Espanha (1978), para, posteriormente, chegar na América Latina, no último quarto do século passado, com imensa penetração na Argentina, México, Chile, Colômbia e Brasil.

No que diz respeito ao Brasil, a Constituição de 1988 não economizou: dignidade da pessoa humana, direito à vida, à igualdade, direito à defesa, liberdade de pensamento e de expressão, direito à privacidade, direito à informação, direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, direitos trabalhistas, direitos políticos, ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, defesa do consumidor, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, etc. Ao mesmo tempo, atribuiu eficácia imediata aos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) e garantiu o acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV).

Contudo, passada a euforia da redemocratização do país, o óbvio descompasso entre o auspicioso texto constitucional e a realidade financeira do Estado ficou exposta. Não tardou, portanto, para a sociedade perceber que os recursos públicos não eram suficientes para a implementação de todos os direitos enxertados na Constituição – fenômeno comum nos países que aprovaram constituições analíticas pós-regimes ditatoriais – e que o caminho para ver atendidas suas demandas não era a pressão política, mas, curiosamente, a via judicial, já que o impacto financeiro de decisões judiciais sobre casos isolados é menor do que o gasto com políticas públicas coletivas de longo prazo. Além disso, não é comum ver um juiz se preocupar com os efeitos financeiros das suas decisões. Não é por outra razão que, cotidianamente, juízes mandam que os entes políticos forneçam medicamentos, abram vagas em escolas públicas, etc.

Assim, ganhou corpo, no Brasil, o fenômeno da judicialização das questões políticas, muito bem estudado e caracterizado por Tate e Vallinder (1995, p. 1-10), em obra de referência sobre o tema. Resultado: boa parte da agenda de políticas públicas, atualmente, é pautada por decisões judiciais que determinam onde, como e quando o Poder Público deve agir para atender às demandas sociais.

Vale lembrar, aqui, dados estatísticos já informados neste trabalho, no sentido de que 73,7% dos juízes entrevistados para uma pesquisa concordaram inteiramente ou concordaram muito com a afirmação de que

“o juiz não pode ser um mero aplicador da lei, devendo ser sensível aos problemas sociais”. Em outra pesquisa, 83% dos magistrados concordaram com a assertiva de que “o Poder Judiciário não é neutro, e que em suas decisões o magistrado deve interpretar a lei no sentido de aproximá-las dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social”.

No centro destas questões está o movimento neoconstitucionalista, que surgiu como reação ao positivismo jurídico para conferir substrato teórico à aplicação das normas constitucionais, e tem, entre seus axiomas: a aproximação entre Direito e moral; a força normativa dos princípios constitucionais, e a invocação de tais princípios, pelos juízes, como razão de decidir.

Segundo Barroso (2005), a decadência do positivismo jurídico é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Por isso, ao fim da 2ª Guerra Mundial, a ética e os valores começaram a retornar ao Direito.

Para Bobbio (2006, p. 235) contudo, a crítica ao positivismo deve ser mais específica. O autor italiano identificou três aspectos no positivismo jurídico: a) como método para estudo do Direito; b) como teoria do Direito, e c) como ideologia do Direito. Especificamente sobre o positivismo-ideologia, considerou ser necessário distinguir entre a versão forte ou extremista e a versão fraca ou moderada, ressaltando que a maior parte das críticas valiam, apenas, para a versão extremista, que, na realidade, pouco se aproximava do positivismo jurídico praticado. É com a versão fraca que o positivismo jurídico mantinha conexão estreita e, por isso, não procediam as críticas apontadas pelos jusnaturalistas extremistas, pois o positivismo não conduzia ao que chamou de estatolatria e ao totalitarismo político. Ao contrário, disse ele, as acusações servem de defesa, pois tomar em consideração a ordem, a igualdade formal e a certeza como valores próprios do direito representa uma sustentação ideológica do Estado liberal, como concebido pelo movimento iluminista, e não do Estado totalitário.

Bobbio (2006, p. 236) adverte, ainda, que a ideologia jurídica do nazismo era, na verdade, nitidamente contrária ao princípio juspositivista, segundo o qual o juiz deve decidir exclusivamente com base na lei, sustentando, ao contrário, que o juiz deveria decidir com base no interesse político do governo. Em particular, a ideologia nazista sustentava que

deveriam ser considerados como delitos todos os atos contrários ao *são sentimento popular (gesundes Volksempfinden)*, mesmo que não previstos como crime pela lei. Acrescenta que, na Itália, o princípio da legalidade foi reivindicado pelos juspositivistas, não para sustentar o fascismo, mas para opor obstáculos às suas arbitrariedades.

De qualquer forma, segundo Duarte e Pozzolo (2006, p. 16) o fato é que, no período do pós-guerra, ganhou força um sentimento de desconfiança acerca dos postulados da neutralidade e da formalidade da lei geral e abstrata, tão caros ao Estado de Direito, pois que tais postulados tornaram-se incapazes de acompanhar as pretensões e finalidades emergentes da necessária ampliação das funções do novo Estado que surgia. O Estado de Direito, associado à concepção positivista de direito, não era capaz de formular a realização aproximativa de um ideal moral que pudesse romper com a noção reducionista do positivismo. Em suma: o positivismo jurídico do Estado legalista estava prisioneiro de uma ontologia substancial, já que, para o mesmo, o direito era identificado com a lei positiva dada, sendo constituído, portanto, como algo inteiramente objetivo - ontologizado.

Portanto, no campo jurídico, a Europa Ocidental do pós-guerra é marcada pelo fenômeno da constitucionalização dos direitos, os quais traduzem para a linguagem normativa as opções éticas e políticas da sociedade. Nesse sentido, a presença de normas de direitos fundamentais nos sistemas jurídicos constitucionalizados pode ser entendida como o resultado da transformação da moral crítica em moral legalizada. (VALE, 2007).

Neste contexto, surge, então, o neoconstitucionalismo como teoria adequada às democracias ocidentais baseadas na defesa dos direitos fundamentais.

A palavra “neoconstitucionalismo” não é empregada no debate constitucional norte-americano, tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado, sobretudo, na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, principalmente depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell. (SARMENTO, 2009).

A propósito, segundo Carbonell, o neoconstitucionalismo desdobra-

-se em três planos de análise que se conjugam: o dos textos constitucionais, que se tornaram mais substantivos e incorporaram amplos elencos de direitos fundamentais; o das práticas judiciais que passaram a recorrer a princípios constitucionais, à ponderação e a métodos mais flexíveis de interpretação, sobretudo na área de direitos fundamentais; e o dos desenvolvimentos teóricos de autores que, com as suas ideias, ajudaram não só a compreender os novos modelos constitucionais, mas também participaram da sua própria criação. (SARMENTO, 2009).

Pois bem, na esteira do movimento neoconstitucionalista, uma das grandes mudanças de paradigma ocorrida ao longo do século XX, segundo Barroso, foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. Até então, a concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. (BARROSO, 2005). Neste contexto, segundo Sarmiento (2009), os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos.

A característica fundamental da passagem do positivismo jurídico para o neoconstitucionalismo, portanto, pode ser evidenciada na importância atribuída, agora, aos princípios constitucionais que representam os valores morais da sociedade. Nesse contexto, a validade das normas deixa de depender, exclusivamente, de sua origem em um órgão competente, segundo as regras procedimentais previstas na Constituição, passando a exigir a correspondência de seu conteúdo material com os valores ou com o sistema de moralidade que passou a conformar todo o ordenamento jurídico. (VALE, 2007).

Como era de se esperar, as colisões de normas constitucionais, tanto entre princípios como entre direitos fundamentais, passaram a ser entendidas como um fenômeno natural, até porque inevitáveis. É dessa colisão de normas constitucionais que surge a técnica da ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco, podem ser

úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos aparentes de normas: hierárquico, cronológico e especialização. Neste cenário, a ponderação de valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa, ou, no limite, procederá à escolha do valor que deverá prevalecer no caso concreto. (BARROSO, 2005).

Perceba-se, portanto, a relevância do papel atribuído ao aplicador da norma no contexto neoconstitucionalista, pois terá que decidir, dentre os valores conflitantes, qual deles deverá prevalecer, no caso concreto. Se a norma não for, em alguma medida, rígida relativamente à subjetividade do aplicador, as funções que ela desempenha ficam prejudicadas. E, como os aplicadores têm concepções diferentes a respeito de como devem ser resolvidos os conflitos morais, bem como são dotados de variável capacitação técnica e inconstante rigidez moral, não só cresce a chance de incerteza, quanto aumenta o grau de arbitrariedade. (ÁVILA, 2009).

Nesse sentido, observou Sarmiento (2009) que não há uma posição clara nas fileiras neoconstitucionalistas sobre a forma como devem ser compreendidos e aplicados valores morais incorporados pela ordem constitucional, que, pela sua vagueza e indeterminação, se abrem a leituras muito diversificadas. No contexto das sociedades plurais e desencantadas que existem no mundo contemporâneo, este debate torna-se crucial, uma vez que não há mais consensos axiológicos em torno das questões difíceis que o direito é chamado a resolver. Reconhece o autor, contudo, que este pluralismo mundivisivo torna inviável, pela falta de legitimidade, o uso da argumentação de cunho jusnaturalista, que apele à religião, à natureza ou à metafísica, para equacionar as mais complexas controvérsias jurídicas.

No mesmo sentido, Larenz (1997, p. 2) afirma que nenhum procedimento dedutivo logicamente correto garante resultados intrinsecamente adequados, quando na cadeia dedutiva se introduzem premissas assentes em valorações. É esse, justamente, o caso da Teoria Neoconstitucionalista, que formula discursos fundados em valores, ideologias e opções políticas, sem qualquer demonstração de coerência e consistência, apenas retratando opiniões pessoais dos debatedores.

A análise de dois casos concretos, recentemente julgados pelo Supremo Tribunal Federal, ajudará explicar o que acaba de ser exposto:

1º) o caso da penhora do bem de família do fiador, cujo julgamento expõe a inconsistência interna de uma decisão que se fundamenta em princípios constitucionais; 2º) o caso do depósito no valor correspondente a 30% do débito tributário como pressuposto de conhecimento do recurso administrativo-fiscal, o qual expõe o problema da divergência jurisprudencial propiciada por decisões fundamentadas em princípios constitucionais que permitem, a qualquer tempo, nova interpretação.

Antes, porém, é útil relembrar a noção deixada na introdução deste trabalho, no sentido de que, quando fosse feita referência a “princípio”, a ideia que se quer preservar é a de que, ou os fins por eles propostos são indeterminados, ou os meios de se atingir fins determinados não foram especificados pelo constituinte, e que a identificação, em ambos os casos, sujeita-se a análise de valores e opções políticas ou ideológicas, o que propicia uma multiplicidade de respostas, quando houver resposta.

Pois bem, com isto em mente, no julgamento do Recurso Extraordinário 407.688 (BRASIL, STF) discutiu-se se o art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 (com redação dada pela Lei 8.245/91), que permite a penhora do bem de família de propriedade do fiador, seria compatível com a EC 26/2000, que incluiu o direito à moradia no art. 6º, da CF/88, ficando o acórdão assim ementado:

EMENTA: 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 n. 8.009/90, com a redação da Lei n. 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 n. 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei n. 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

De acordo com o relatório, a decisão originária, atacada via recurso de Agravo de Instrumento dirigido ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, indeferiu pedido de liberação de bem de família penhorado em sede de processo de execução para pagamento de dívida decorrente de contrato de locação inadimplido pelo locatário. Detalhe: o bem de família penhorado era de propriedade do fiador do locatário.

O argumento do fiador, em seu recurso à Corte Suprema, foi no sentido

da inconstitucionalidade superveniente do art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 (com redação dada pela Lei 8.245/91), em razão do advento da EC 26/2000, que incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais inscritos no art. 6º, CF/88.

Eis os principais argumentos apresentados pela ala vencedora. Primeiramente, os derivados de uma análise consequencialista, que se preocupa, não apenas com a estabilidade artificial do sistema jurídico (dever-ser), mas, também, com o impacto social das decisões judiciais (ser).

O Ministro Cezar Peluso, relator do processo, após salientar que moradia não significa, apenas, ser proprietário de imóvel, mas, também, habitar bem de outrem, como resultado de uma relação contratual, defendeu que o direito social à moradia pode ser efetivado, entre outras tantas opções disponíveis ao Poder Público, mediante política de estímulo às relações locatícias de imóveis residenciais, por intermédio da previsão normativa de penhorabilidade do bem de família do fiador.

O fundamento central da argumentação está na necessidade de se garantir a estabilidade das relações de locação, mediante o fortalecimento de uma garantia de adimplemento contratual, o que acarretaria, como consequência direta, um estímulo para os proprietários locarem seus imóveis, e, indiretamente, o acesso dos indivíduos que não têm condições de adquirir imóvel próprio, o que representa a imensa maioria da população brasileira.

Por sua vez, observou o Ministro Nelson Jobim:

Nós temos de ter respeito às normas constitucionais, inclusive ao direito infraconstitucional. Essas normas não são feitas para irreais, não são feitas para mundos virtuais, mas para mundos reais. Foi exatamente a isso que o Relator se referiu. Na medida em que entendêssemos, como pretende a minoria, que esse direito seria oponível nessas circunstâncias, a consequência seria exatamente a extração da possibilidade de locações de uma série de pessoas absolutamente necessitadas para tais, porque, evidentemente, o risco seria onerado ao personagem, por meio da fiança bancária, ou mesmo na impossibilidade de locação. [...] o Tribunal não pode ficar insensível ao fato de que seus eventuais trabalhos teóricos ou acadêmicos possam criar circunstâncias que inviabilizem, inclusive, o próprio desenvolvimento do setor e abertura de moradias a todos.

Perceba-se, a partir de agora, a diferença entre a abordagem consequencialista, e a abordagem neoconstitucionalista, focada na busca incon-

sequente de eficácia jurídica para os princípios constitucionais, própria dos que estão presos ao mundo do dever-ser.

Iniciando, assim, a abordagem neoconstitucionalista, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu estar caracterizada situação de conflito entre dois direitos fundamentais, com a peculiaridade de que a suposta violação a um direito fundamental ocorre no bojo de uma relação travada, exclusivamente, entre particulares. Por fim, concluiu que o direito à livre disposição dos bens e à manifestação de vontade deveria prevalecer, considerando que o fiador agiu livre e espontaneamente, ao colocar em risco um direito fundamental que lhe fora assegurado na Constituição. Em suma, no embate entre dois direitos fundamentais, quando subjacente uma relação de natureza privada, deverá prevalecer a autonomia privada do indivíduo para livremente dispor dos seus bens e direitos, descabendo ao Estado agir de forma paternalista.

A Ministra Ellen Gracie, igualmente, enveredou pelo confronto de princípios constitucionais:

[...] também eu ponho face a face os princípios constitucionais que asseguram a proteção mais ampla à família. Já que, nesses casos, a impenhorabilidade do bem de família objetiva não apenas defender a pessoa individual daquele responsável pela obrigação, mas, sim, o núcleo familiar. Pondero esse valor. Mas pondero também, com base nas razões brilhantemente desenvolvidas pelo Ministro Cezar Peluso, que a Constituição busca assegurar um amplo acesso à moradia, o qual pressupõe as condições necessárias à sua obtenção, seja no regime de propriedade, seja no regime de locação.

Agora, os fundamentos da ala vencida, que também enveredou pela abordagem neoconstitucionalista, na sua versão mais extrema.

O Ministro Eros Grau argumentou no sentido de que o texto constitucional é dotado de eficácia normativa vinculante, obviamente, referindo-se ao art. 6º, da CF/1988, e que, portanto, a Constituição vincula o legislador. Quanto ao argumento no sentido de que o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família do fiador produzirá impacto negativo no mercado das locações imobiliárias, disse o Ministro tratar-se de argumento inserível para afastar a disposição constitucional constante do art. 6º.

Segundo Eros Grau:

A minha discordância do voto de Vossa Excelência é que não estou me apegando à lógica do mercado no meu voto, mas, sim, ao que diz a Constituição. É nesse ponto que discordo de Vossa Excelência. [...] no que concerne ao argumento enunciado no sentido de afirmar que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado das locações imobiliárias, não me parece possa ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência de preceitos constitucionais, o do artigo 6º e a isonomia. Não hão de faltar políticas públicas, adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional.” E concluiu: “Creio que a nós não cabe senão aplicar a Constituição. E o Poder Público que desenvolva políticas públicas sempre adequadas aos preceitos constitucionais”.

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello disse que:

O exame da controvérsia jurídica suscitada nesta sede recursal extraordinária faz instaurar instigante discussão em torno de tema impregnado do mais alto relevo constitucional. Refiro-me à questão pertinente à eficácia do direito à moradia, enquanto projeção expressiva de um dos direitos fundamentais elencados no texto da Constituição da República. A Constituição brasileira, ao positivizar a declaração de direitos, proclamou, dentre aqueles impregnados de caráter social, o direito à moradia, assim qualificado pela EC nº 26, de 14/02/2000. Cabe assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à moradia – que representa prerrogativa constitucional a todos (CF, art. 6º) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração. A essencialidade desse direito é também proclamada por declarações internacionais que o Brasil subscreveu ou a que o nosso País aderiu, valendo referir, dentre elas, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (art. 25) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11), que dispõem sobre o reconhecimento do direito à moradia como expressão de um direito fundamental que assiste a toda e qualquer pessoa. [...] Dentro do contexto pertinente ao direito à moradia, torna-se relevante observar, na linha da reflexão feita pelo eminente Professor LUIZ EDSON FACHIN (“Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, 2001, Renovar), que se impõe, ao Estado, dispensar tutela efetiva às pessoas em geral, notadamente àquelas postas à margem das grandes conquistas sociais, assegurando-lhes, mediante adoção de medidas apropriadas, a proteção do patrimônio mínimo fundada em postulados inderrogáveis, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que representa – enquanto um dos fundamentos da República (CF, art.

1º, III) – valor revestido de centralidade em nosso sistema constitucional. Esse princípio fundamental, valorizado pela fiel observância da exigência ético-jurídica da solidariedade social – que traduz um dos objetivos fundamentais do Estado Social de Direito (CF, art. 3º, I) – permite legitimar interpretações que objetivem destacar, em referido contexto, o necessário respeito ao indivíduo, superando-se, desse modo, em prol da subsistência digna das pessoas, restrições que possam injustamente frustrar a eficácia de um direito tão essencial, como o da intangibilidade do espaço doméstico em que o ser humano vive com a sua família. [...] Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, ressalto, uma vez mais, como já o fizera no início deste meu voto, a incongruência referida pelo eminente Ministro EROS GRAU, constante do inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90. Ou seja, o fiador sofre, nos termos dessa exceção legal, a incidência do vínculo processual da penhora, mas ele, mesmo solvendo a obrigação do devedor principal (locatário), não pode voltar-se, regressivamente, contra ele, impossibilitado de fazer recair a penhora sobre o único imóvel residencial eventualmente pertencente ao inquilino inadimplente.

Pois bem, em análise, agora, encontram-se os votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, de viés neoconstitucionalista pró-penhorabilidade, e os votos dos Ministros Eros Grau e Celso de Mello, de viés neoconstitucionalista contra a penhorabilidade.

O Ministro Joaquim Barbosa evidenciou situação de conflito entre dois direitos fundamentais, o direito à moradia do fiador e o direito à liberdade de manifestação da vontade, e concluiu que, no caso concreto, deveria prevalecer a manifestação de vontade sobre o direito à moradia do fiador. A Ministra Ellen Gracie pôs em confronto o direito à moradia e o princípio à proteção do núcleo familiar, concluindo por prestigiar, naquele caso, o direito à moradia dos locatários.

O Ministro Eros Grau, por sua vez, reconheceu a força normativa do direito à moradia do fiador e considerou que a norma infraconstitucional violava o disposto no art. 6º, da CF/88. No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello reconheceu o direito à moradia como projeção do princípio da dignidade da pessoa humana e que a penhorabilidade do bem do fiador iria contra ambos.

Ambas as correntes, como é possível verificar, desenvolveram seus argumentos a partir de princípios abstratos sem conteúdo definido: di-

reito à moradia, liberdade de manifestação, proteção ao núcleo familiar e dignidade da pessoa humana.

Indaga-se: tomando como base a tipologia do discurso neoconstitucionalista, tal como identificado no julgamento referido, é possível argumentar de forma contrária ao que consta dos votos, ou seja, contra a preponderância do direito à moradia sobre a proteção do núcleo familiar ou contra a preponderância da liberdade de contratar sobre o direito à moradia? Sim, é possível. Basta dizer, sem qualquer critério, que deve prevalecer a proteção ao núcleo familiar, no primeiro caso, e o direito à moradia, no segundo.

O que expõe, ainda mais, a inconsistência do discurso neoconstitucionalista é o fato de que o direito à moradia pode perfeitamente ser invocado pelos que consideram legítima a penhora, mas, também, pelos que a consideram ilegítima. É possível invocá-lo para defender o direito à moradia dos locatários e, ao mesmo tempo, para defender o direito à moradia do fiador, tudo em uma mesma decisão. Da mesma forma, pode-se invocar o princípio da dignidade da pessoa humana para defender o direito à moradia do locatário e do fiador.

A conclusão, portanto, é absolutamente arbitrária. Não há possibilidade de debate racional, porque não há argumentação racional. Cada um diz o que quiser dizer, refletindo sua escala pessoal de valores em um dado momento, sem qualquer reflexão sobre as consequências da decisão, e sem compromisso de reafirmar a tese defendida em casos futuros.

O segundo caso é ainda mais evidente e, por isso, permite exposição mais abreviada. Discutindo sobre a constitucionalidade do depósito prévio como condição para o conhecimento do recurso administrativo-fiscal, no julgamento do Agravo de Instrumento 318.324/RS (BRASIL, STF), o STF concluiu que a referida exigência não violava o princípio do contraditório e da ampla defesa:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MULTA. EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PARA EFEITO DE RECURSO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO (SÚMULAS 282 E 356 DO STF). AGRAVO. 1. A exigência de depósito para efeito de recurso não viola o princípio da ampla defesa. Precedentes do Plenário e da 1a. Turma. 2. E a questão relativa à

imunidade, somente agora suscitada, não pode ser objeto de consideração, por esta Corte, em Recurso Extraordinário, à falta de oportuno prequestionamento (Súmulas nºs 282 e 356). 3. No mais, é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não admitir, em R.E., alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação ou aplicação e mesmo inobservância de normas infraconstitucionais. 4. Agravo improvido.

Contudo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.976 (BRASIL, STF), aquele mesmo tribunal entendeu que sim, havia violação ao mesmo princípio do contraditório e da ampla defesa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 32, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 33, § 2º, DO DECRETO 70.235/72 E ART. 33, AMBOS DA MP 1.699-41/1998. DISPOSITIVO NÃO REEDITADO NAS EDIÇÕES SUBSEQUENTES DA MEDIDA PROVISÓRIA TAMPOUCO NA LEI DE CONVERSÃO. ADITAMENTO E CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA NA LEI 10.522/2002. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO CONTEÚDO DA NORMA IMPUGNADA. INOCORRÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. DEPÓSITO DE TRINTA PORCENTO DO DÉBITO EM DISCUSSÃO OU ARROLAMENTO PRÉVIO DE BENS E DIREITOS COMO CONDIÇÃO PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DEFERIDO. Perda de objeto da ação direta em relação ao art. 33, caput e parágrafos, da MP 1.699-41/1998, em razão de o dispositivo ter sido suprimido das versões posteriores da medida provisória e da lei de conversão. A requerente promoveu o devido aditamento após a conversão da medida provisória impugnada em lei. Rejeitada a preliminar que sustentava a prejudicialidade da ação direta em razão de, na lei de conversão, haver o depósito prévio sido substituído pelo arrolamento de bens e direitos como condição de admissibilidade do recurso administrativo. Decidiu-se que não houve, no caso, alteração substancial do conteúdo da norma, pois a nova exigência contida na lei de conversão, a exemplo do depósito, resulta em imobilização de bens. Superada a análise dos pressupostos de relevância e urgência da medida provisória com o advento da conversão desta em lei. A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV). A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos

pode converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1699-41 - posteriormente convertida na lei 10.522/2002 -, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72.

Mas, então, o texto constitucional deve ter sido alterado entre um julgamento e outro, a ponto de justificar essa mudança radical de entendimento? A resposta é não. Na verdade, mais uma vez, o STF utilizou um princípio, antes invocado para sustentar a constitucionalidade de uma norma, para, em outra oportunidade, defender a inconstitucionalidade daquela mesma norma.

Como o princípio invocado não possui conteúdo determinado, qualquer significado pode lhe ser atribuído, ficando ao sabor do julgador de plantão tal tarefa.

O principal problema com decisões de tal natureza é que, a despeito de não oferecerem metodologia e resultados falsificáveis, representam enorme insegurança para a sociedade. Se o resultado de um julgamento é fruto de convicções pessoais do julgador, basta que haja modificação na composição do tribunal para que os fundamentos daquela primeira decisão fiquem fragilizados. Nem é necessário chegar a tanto. Basta que, imbuído de novos valores, após ter passado por alguma experiência pessoal reveladora, o mesmo juiz reposicione-se no debate.

Em suma, a discussão acerca do conteúdo e limitações de princípios e direitos fundamentais que retratam valores de uma sociedade conduz ao debate sem lógica e a decisões imprevisíveis e inconsistentes, tudo o que o Judiciário não pode ser.

3.2 Efeitos das decisões judiciais principiológicas sobre as escolhas dos agentes econômicos

Pois bem, considerando que toda transação ocorre dentro de um contexto institucional, que as instituições geram estímulos e os indivíduos reagem a eles, então, pode-se dizer que os contratos celebrados estão inseridos e adaptados a um contexto previamente conhecido pelas partes,

o que lhes oferece um grau mínimo de segurança capaz de estimulá-los a realizarem as transações. Do contrário, não teriam celebrado o contrato. Basicamente, os indivíduos transacionarão se houver a percepção de que a lei e o Poder Judiciário protegerão os contratos.

Porém, se, após a celebração do contrato, as instituições não se mostrarem capazes de impor custos àqueles que se engajarem em comportamentos socialmente indesejáveis (inadimplemento contratual), então, aquele grau mínimo de segurança deixará de existir, comportamentos oportunistas emergirão na relação contratual e a execução do contrato ficará ameaçada, porque as partes terão que criar mecanismos contratuais complementares. Além disso, futuras trocas deixarão de ocorrer, pois, sequer o nível mínimo de segurança para a celebração dos contratos será atingido.

A função do Poder Judiciário, portanto, no campo da geração de riquezas, é fazer cumprir as cláusulas contratuais, impondo as sanções pelo descumprimento, tal como elas foram engendradas, porque elas representam o equilíbrio encontrado pelas partes para fazerem a troca com o nível mínimo de segurança possível e máximo de geração de riquezas em tais condições.

A possibilidade de cumprimento encoraja a troca e a cooperação. Por isso, segundo Pinheiro e Saddi (2005, p. 128), o papel de qualquer tribunal é exatamente o de garantir o cumprimento da promessa original manifestada pelas partes de uma relação contratual.

Mas, se os agentes interessados em celebrar determinado contrato não sabem como as divergências surgidas na execução contratual serão dirimidas, porque decisões judiciais serão tomadas de acordo com o juízo de valor pessoal de cada julgador, não se pode esperar que pessoas invistam tempo e dinheiro em um empreendimento cujo grau de retorno estará constantemente ameaçado por comportamentos oportunistas que poderão ser cancelados pelo próprio Poder Judiciário.

Para ilustrar o que se acaba de expor, vale a citação de dois casos recentes, nos quais o Poder Judiciário entendeu por alterar os termos contratuais engendrados pelas partes, e a consequência foi a extinção dos respectivos contratos do mundo jurídico:

1) no primeiro caso, entendeu-se que a variação do câmbio dólar\real, ocorrida em 1999, por força do fim da política de paridade cambial, que redundou em expressiva valorização da moeda estrangeira em face

da nacional, não poderia ser integralmente aplicada aos contratos que tinham como cláusula de reajuste, voluntariamente pactuada entre as partes, justamente, a variação cambial (BRASIL, STJ, RECURSO ESPECIAL 618.841/SP). Como resultado, contratos desta natureza deixaram de ser celebrados, porque as financeiras, obviamente, não puderam mais confiar na atuação do Poder Judiciário como instituição responsável pela imposição forçada dos termos contratuais. Vale ressaltar que, atualmente, a relação dólar/real é uma das mais favoráveis aos brasileiros, de todos os tempos, ou seja, contratos vinculados à variação cambial seriam, hoje, extremamente vantajosos aos consumidores brasileiros, categoria que o Poder Judiciário, naquele primeiro momento, quis proteger, mas que, a longo prazo, acabou por ser a mais prejudicada.

2) no segundo caso, o Poder Judiciário considerou que a valorização comercial do preço da soja deveria ser aplicada aos chamados contratos de “soja verde”. Neste tipo de contrato, o produtor vende a safra ainda não colhida e estima um determinado preço. No caso concreto levado ao Poder Judiciário, os produtores pleitearam a revisão dos contratos visto que, naqueles anos específicos (2002/2003 e 2003/2004) houve uma supervalorização do preço da soja no mercado. O Tribunal de Justiça do Estado do Goiás, que mais apreciou demandas desta natureza, entendeu por aplicar o preço maior e condenou os adquirentes no pagamento da diferença, apesar de o contrato prever, de forma expressa, valor menor. Como resultado, contratos desta natureza, tão importantes para os próprios produtores, porque representam a garantia de recebimento, mesmo que a safra não seja colhida, deixaram de ser celebrados. Em especial, o armazém da Cargill, em Edéia/GO, cidade que concentrou boa parte das ações judiciais, foi fechado e a empresa deixou de assinar novos contratos. Da mesma forma, a empresa Coinbra aboliu aquela forma de contrato. (REZENDE; ZYLBRSTAJN).

Fica evidente, portanto, que, se o Poder Judiciário deixar de impor as cláusulas contratuais, tal como convencionadas, porque violam o princípio da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, ou outro qualquer, os agentes econômicos, como agentes racionais que são – no sentido de que levam em consideração os custos e benefícios das suas escolhas – serão incentivados a adotarem comportamentos oportunistas.

Nesse sentido, sempre que a opção de não cumprir o contrato for mais vantajosa do que a de cumprir e a probabilidade de ter que sofrer o ônus das sanções contratuais pelo descumprimento contratual for menor do que a de não sofrer, a tendência natural é o descumprimento. Afinal, porque um empresário pagaria pelo aluguel de um estabelecimento comercial se existe a chance de a multa prevista em contrato para o caso de inadimplemento ser invalidada por um juiz que a considere desproporcional, e, ainda, a possibilidade de permanecer no imóvel por vários anos, sem pagar, enquanto o Poder Judiciário decide a questão?

A consequência, portanto, de decisões fundamentadas em princípios constitucionais abstratos e imprecisos é, no âmbito das relações contratuais, o estímulo ao comportamento oportunista.

Por sua vez, o aumento do comportamento oportunista impõe a necessidade de salvaguardas mais elaboradas, gerando maior custo de transação (mensurar, monitorar e executar), o que leva a uma espiral de incertezas, oportunismos e custos de transação, porque nada garante que as salvaguardas desenhadas pelas partes para conter o oportunismo serão observadas pelo Poder Judiciário em um segundo momento, e, assim, novas salvaguardas deverão surgir, mais custos de transação, e o resultado final será uma operação econômica que tem seu resultado positivo afetado pelos custos de transação, ou, uma operação econômica que deixará de acontecer porque os custos de transação superam os benefícios.

Imagine-se, por exemplo, que, no caso de inadimplemento contratual, o Poder Judiciário tenha aplicado o princípio da dignidade da pessoa humana para indeferir o pedido de despejo do locatário inadimplente. No contrato seguinte, o proprietário do imóvel, com o intuito de se precaver contra aquele entendimento (reação ao incentivo), insere no contrato uma cláusula que preveja o pagamento de uma indenização pelo inadimplemento, mas o Poder Judiciário considera que o valor fixado viola o princípio da proporcionalidade. A tendência é que não haja novo contrato e riquezas deixem de ser geradas.

Em suma, se o Poder Judiciário não é previsível, porque sua argumentação principiológica permite a personalização dos julgamentos, no sentido do ditado popular, “cada cabeça uma sentença”, então, os agentes econômicos serão incentivados a comportamentos oportunistas, pois o

que é considerado inadimplemento contratual aos olhos das partes, pode não ser aos olhos de algum juiz. A consequência deste tipo de intervenção judicial, portanto, é o incentivo à inadimplência, no que toca ao devedor, e o desestímulo à transação, por parte do credor.

Conclusão

Antes de responder ao questionamento que norteou a pesquisa, é importante lembrar, em linhas gerais, o aporte teórico apresentado em cada capítulo, a fim de facilitar a compreensão da resposta que será apresentada.

A primeira parte do Capítulo I apresentou o postulado da racionalidade dos agentes, instrumento utilizado nos modelos de pesquisa da economia neoclássica que, em síntese, propõe que os desejos dos seres humanos são ilimitados, porém, os recursos são escassos, o que leva a que os indivíduos não produzam escolhas baseadas apenas nas suas preferências, mas levem em consideração, também, os custos e benefícios de todas as escolhas possíveis, sendo elas excludentes entre si. Se isso for verdade, é possível dizer, então, que a alteração da relação custo/benefício de uma determinada escolha poderá alterar, também, a decisão do indivíduo, em que pese suas preferências permanecerem estáveis.

Ressaltou-se, também, a importância da inserção de um elemento mais realista no modelo de racionalidade neoclássico, que é a ideia de que os indivíduos não dispõem de todas as informações necessárias para produzirem suas escolhas, ou porque não estão disponíveis, ou porque estão disponíveis a um custo elevado e, portanto, não vale a pena incorrer no custo. Verifica-se, nesse sentido, que o nível de informação entre os agentes não é simétrico, seja por divergências na capacidade de obter informações, seja pela divergência na capacidade de

processá-las. Admite-se, portanto, que a escolha produzida pelo agente racional não é necessariamente a melhor, mas a melhor possível.

A segunda parte do Capítulo I tratou da Teoria dos Custos de Transação (TCT). Ronald Coase, um dos precursores da teoria, observou que a criação de uma empresa é a alternativa para os custos de se recorrer ao mercado (mecanismo de preços). Recorrer ao mercado exige identificação dos preços relevantes, negociação, elaboração de contrato, fiscalização do cumprimento das cláusulas contratuais, imposição forçada em caso de descumprimento, etc. Por outro lado, quando já se é detentor do fator de produção, tais custos são eliminados e substituídos por outros. Esta noção de que recorrer ao mercado gera custos para as partes envolvidas não era desconhecida dos neoclássicos, porém, supunha-se que eram negligenciáveis, de maneira que os custos que deveriam ser considerados eram apenas os de produção.

A terceira parte do Capítulo I aborda a questão do custo social das atividades produtivas e da alternativa proposta por Ronald Coase à abordagem de internalização dos custos via reparação de danos ou tributação, defendida por Arthur Pigou. Segundo Coase, a internalização dos custos sociais não é necessariamente a solução mais eficiente. A solução mais eficiente poderá ser atingida se as partes puderem negociar livremente a realocação dos direitos. Nesse caso, o objetivo comum de ambas as abordagens, que é evitar o custo social, poderá ser atingido a um custo bem menor do que a responsabilização ou tributação da atividade produtiva.

A consequência deste raciocínio é que, se as partes puderem negociar livremente, a alocação inicial dos direitos torna-se irrelevante, pois a solução mais eficiente e desejável para todas as partes envolvidas sempre poderá ser obtida mediante negociação. Basta que os direitos estejam claramente definidos pelo Estado e que os contratos sejam respeitados. É o que passou a ser conhecido como Teorema de Coase, ou seja, em um mundo em que as partes possam negociar livremente a realocação dos direitos, sem custos de transação, a alocação inicial, promovida pelo Estado, passa a ser irrelevante para fins de alocação eficiente. Em suma, a solução mais eficiente sobre a alocação dos direitos somente poderá ser alcançada livremente se não houver custos para as partes negociarem.

Contudo, como a ausência de custo de transação não faz parte do mun-

do real, a verdade é que a alocação inicial dos direitos é relevante. Porém, como é impossível conhecer, de início, qual a alocação mais eficiente, caberá ao Estado a relevante função de criar mecanismos que facilitem a realocação dos direitos, por meio da redução dos custos de transação.

Mas, para enfrentar os custos de transação é preciso conhecer as suas causas. É por isso que, na quarta parte do Capítulo I, expôs-se a contribuição de Oliver Williamson para a Teoria dos Custos de Transação. Segundo o autor, os custos de transação estão relacionados a dois aspectos: a) racionalidade limitada dos agentes, e b) especificidade dos ativos envolvidos nas transações. Em relação ao primeiro aspecto, os agentes pretendem ser racionais, no sentido maximizador, mas só conseguem sê-lo parcialmente, já que sua capacidade cognitiva e seu tempo para tomar decisões são limitados. Já a especificidade dos ativos está relacionada à maior ou menor dificuldade para que determinado ativo seja reempregado em usos alternativos, sem perder o seu valor. Assim, quanto maior a especificidade do ativo, maior será a vulnerabilidade do investidor.

O problema que surge, quando indivíduos limitados em sua capacidade de cognição e processamento de informações investem em ativos específicos é que eles ficam vulneráveis a comportamentos oportunistas por parte dos outros contratantes, como no caso do proprietário do imóvel rural que omite a informação sobre o interesse da administração pública em impor servidão de passagem sobre o imóvel, ou no do comprador da turbina que impõe ao fabricante a condição de único comprador para exigir a revisão contratual. Nesse caso, a tentativa para minimizar as consequências dos comportamentos oportunistas, como a verificação, *ex ante*, do nível de comprometimento das partes contratantes, a negociação, o desenho contratual, a fiscalização da execução do contrato e a imposição forçada do contrato, tudo isso, gera custo (custo de transação).

Portanto, racionalidade limitada e especificidade dos ativos induzem comportamentos oportunistas, os quais, para serem evitados, minimizados ou superados, geram custos de transação que dificultam as trocas por torná-las mais onerosas ou, no mínimo, diminuem a riqueza gerada com a troca. A questão é que, para tentar minimizar os efeitos da racionalidade limitada, da especificidade dos ativos e do comportamento oportunista as partes terão que se empenhar na elaboração de contratos mais complexos

e minuciosos, o que toma tempo e dinheiro, fora o fato de que o descumprimento do contrato pode ensejar recurso a uma instância de solução de controvérsias, cujo resultado não é previsível.

A parte final do Capítulo I apresenta, em linhas gerais, a Nova Economia Institucional e o papel das instituições no desenvolvimento econômico dos países, na visão de Douglass North. O conceito de instituição apresentado abrange qualquer forma de restrição que o ser humano cria para moldar as interações. Elas podem se apresentar como regras formais (leis, códigos, constituições) ou limitações informais (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta auto-impostos). Além disso, consideram-se instituições os mecanismos responsáveis pela eficácia desses dois tipos de normas, como o Poder Judiciário, que é o responsável por fazer cumprir as leis.

A lógica neoinstitucionalista para a geração de riquezas é a seguinte: divisão do trabalho e especialização da mão de obra, condições necessárias para a troca em larga escala e a geração de riquezas, requerem a expansão do mercado, porém, um mercado expandido leva ao aumento da incerteza e da desconfiança entre os agentes pelo receio de condutas oportunistas, típicas das relações impessoais. Assim, na ausência de instituições capazes de diminuir os custos que as partes terão que incorrer para se precaverem e enfrentarem os comportamentos oportunistas, as trocas mais relevantes para a geração de riquezas deixarão de ocorrer, limitando-se os indivíduos a transacionarem com pessoas inseridas em um círculo reduzido de confiança. Outro problema é que as empresas deixarão de inovar com medo de que a transação envolvendo um produto estranho ao mercado não possa ser suficientemente protegida.

Pela abordagem neoinstitucionalista, portanto, o desenvolvimento econômico não é mais considerado como um gradual e inevitável processo de transformação rumo à especialização e divisão da mão de obra. Ao contrário, o desenvolvimento é visto como uma reação à evolução das instituições que dão suporte às relações sociais e comerciais. O crescimento econômico, portanto, depende do grau em que riscos potenciais do comércio podem ser controlados pelas instituições, as quais reduzam os custos de informação, estimulem a formação do capital e sua mobilidade, permitam que os riscos sejam compartilhados, além de facilitarem a cooperação.

A ideia, portanto, é que as instituições corretas podem superar ou, no mínimo, reduzir o problema da desconfiança entre os agentes econômicos, gerado pelo medo de que os direitos de propriedade e os contratos não sejam respeitados, criando, assim, um ambiente favorável para as trocas. Como, de regra, os agentes não confiam uns nos outros, eles somente se engajarão em trocas impessoais se puderem confiar nas instituições que estruturam as trocas.

A partir do Capítulo II, os conceitos teóricos apresentados foram, então, aplicados ao Direito, com a perspectiva da influência das instituições jurídicas no processo de geração de riquezas, e foco na atuação do Poder Judiciário ao decidir questões de inadimplemento contratual.

Na primeira parte do capítulo, ressaltou-se a função do contrato como instrumento de geração de riquezas individuais e coletivas. Se as partes contratam, e não houve vício na manifestação de vontade, então, é possível supor que, para todas as partes, o contrato é vantajoso, em termos de custos e benefícios, pois, se não o fosse, como agentes racionais que são, não o teriam celebrado. E mais, se é vantajoso para todas as partes diretamente envolvidas, também o será para a coletividade, desde que não haja externalidades negativas, ou melhor, desde que os custos sociais gerados com as externalidades não superem os benefícios obtidos com a troca. Portanto, se ambos possuem mais do que possuíam, em termos de utilidade, após a celebração do contrato, então, é possível afirmar que a transação gerou riqueza para todos os envolvidos diretamente e para a sociedade. Assim, do ponto de vista econômico, é interessante que contratos com estas características sejam protegidos.

Demonstrou-se, ainda, os ganhos coletivos da cooperação entre os contratantes, ou seja, que a cooperação é a melhor opção se o objetivo é a geração de riquezas para a sociedade. Ainda que, em determinadas situações o inadimplemento gere riqueza individual e até mesmo coletiva (rodada única), novos contratos deixarão de ser celebrados entre aquelas partes (rodadas futuras) e entre a parte inadimplente e outros potenciais contratantes, ou seja, riquezas deixarão de ser geradas por conta do comportamento oportunista.

Por isso, é socialmente desejável que as partes de um contrato cumpram suas obrigações, não apenas pensando na rodada presente, mas,

também, nas rodadas futuras, principalmente, porque rodadas futuras entre as mesmas partes tendem a diminuir o custo das transações, tendo em vista que o vínculo de confiança se fortalece e, se o custo da transação diminui, maiores serão as riquezas geradas.

O contrato desempenha, assim, a função de reduzir e, principalmente, alocar e distribuir riscos entre as partes. Todo este aparato cria um estado de equilíbrio favorável às trocas por gerar nas partes a expectativa de que as obrigações serão cumpridas, os direitos observados e as possibilidades de comportamentos oportunistas minimizados.

Por sua vez, o aspecto essencial que gera a expectativa de que os contratos serão obedecidos pelas partes é a sanção prevista para a hipótese de inadimplemento. Se os custos previstos para a conduta violadora do contrato forem superiores ao seu benefício, a parte, como agente racional, não incorrerá neste comportamento, o risco do inadimplemento é reduzido e a probabilidade de geração de riquezas aumenta. É necessário, portanto, que existam leis que protejam os arranjos contratuais livremente pactuados e mecanismos eficazes de imposição das leis e dos contratos.

É aí que entra o Poder Judiciário, como instituição responsável pela aplicação do direito e imposição das cláusulas contratuais.

A segunda parte do Capítulo II parte desta concepção para demonstrar a intrínseca relação entre Estado de Direito e geração de riquezas, a partir da exploração do Teorema de Coase, para chegar a um conceito ou concepção funcional de Estado de Direito com ênfase na geração de riquezas e no crescimento econômico dos países.

A combinação entre Teorema de Coase, que, *a contrario sensu*, exalta a importância das instituições jurídicas como instrumento de realocação eficiente dos direitos, com a tese defendida por North, sobre o papel das instituições no processo de geração de riquezas permitiu a conclusão no sentido de que os custos das transações podem ser enfrentados com: 1) leis claras, objetivas e aprovadas pelo parlamento segundo um processo legislativo previamente definido pela Constituição, e 2) Poder Judiciário que aplique as leis de forma imparcial e previsível, e respeite os arranjos contratuais livremente pactuados em todos os seus aspectos, principalmente, na aplicação das sanções, evitando, dessa forma, comportamentos oportunistas. Falou-se, portanto, da noção mais elementar de Estado de Direito.

Mas, o mais importante é que, quando se combina Estado de Direito com a visão mais realista da Nova Economia Institucional sobre o processo de escolha dos indivíduos e como eles se relacionam em ambiente de assimetria de informações, percebe-se que não há Estado de Direito efetivo sem Judiciário efetivo. É dizer, não basta a previsão legal ou a existência de contrato entre as partes, é necessário que exista uma instituição apta a impor a lei e fazer cumprir o contrato em todos os seus termos, pois o contrato, celebrado em um determinado contexto fático-normativo, foi o instrumento escolhido pelas partes para reduzir os efeitos da assimetria informacional, e, dessa forma, viabilizar a transação. Nesse sentido, a presença de um Poder Judiciário confiável é indispensável para afastar comportamentos oportunistas, reduzir custos de transação e, consequentemente, aumentar a geração de riquezas das transações econômicas.

Em termos mais claros, não basta que a lei defina e aloque o direito a um determinado agente, é preciso que as instituições sejam capazes de oferecer, de forma efetiva, um grau mínimo de proteção para os direitos definidos em lei. Este grau mínimo de proteção terá que ser suficiente para gerar nos indivíduos o estímulo para que decidam transacionar. Do contrário, o custo para superar a falta de segurança jurídica poderá desestimular a transação. O mesmo vale para os contratos. De nada adianta as partes estabelecerem regras recíprocas e sanções pelo inadimplemento das obrigações se não há a expectativa de que elas serão observadas voluntariamente ou, ao menos, impostas por um terceiro que faça cumprir o contrato.

Por tal razão, o Poder Judiciário deve ser confiável aos olhos dos agentes econômicos e, para ser confiável, entre outros aspectos, terá que ser previsível, o que significa aplicar aos casos examinados as regras que os indivíduos já conhecem e que, inclusive, forjaram os incentivos e arranjos contratuais.

O problema surge, e este é o ponto central do presente trabalho, quando o Poder Judiciário resolve afastar os referenciais legais e contratuais já conhecidos pelas partes e inserir novos parâmetros que não resultaram da livre negociação dos contratantes.

Nesse sentido, o Capítulo III inicia apresentando o movimento jurídico conhecido como neoconstitucionalismo, de origem europeia, com enorme penetração no Brasil, o qual surgiu como reação ao positivismo jurídico para conferir substrato teórico à aplicação das normas constitu-

cionais, e tem, entre seus axiomas: a aproximação entre Direito e moral; a força normativa dos princípios constitucionais, e a invocação de tais princípios, pelos juízes, como razão de decidir.

A característica fundamental da passagem do positivismo jurídico para o neoconstitucionalismo, portanto, pode ser evidenciada na importância atribuída, agora, aos princípios constitucionais que representam os valores morais da sociedade. Nesse contexto, a validade das normas deixa de depender, exclusivamente, de sua origem em um órgão competente, segundo as regras procedimentais previstas na Constituição, passando a exigir a correspondência de seu conteúdo material com os valores ou com o sistema de moralidade que passou a conformar todo o ordenamento jurídico.

Na prática, os juízes ganham autorização para deixar de aplicar as leis e as cláusulas contratuais em prol da aplicação de princípios constitucionais abstratos carentes de qualquer conteúdo definido, como dignidade da pessoa humana, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade, razoabilidade, vedação do tributo com efeito de confisco, etc. A inadimplência contratual passa a ser tolerada, por exemplo, porque o despejo de um locatário inadimplente fere o princípio da dignidade da pessoa humana, a despeito de o despejo encontrar-se previsto em lei específica e no próprio contrato de locação. A questão é que ninguém sabe o que significa exatamente dignidade da pessoa humana, ou melhor, cada um pode ter um significado diferente para dignidade da pessoa humana e cada juiz poderá decidir a causa que lhe foi atribuída de acordo com o seu próprio entendimento do que seja dignidade da pessoa humana.

A análise da argumentação exposta pelo Supremo Tribunal Federal em dois casos concretos revelou que as decisões judiciais, inspiradas em princípios constitucionais, são absolutamente arbitrárias. Não existe a possibilidade de debate racional, pois não há argumentação racional. Cada julgador diz o que quiser dizer, refletindo a sua escala pessoal de valores em um dado momento, sem qualquer reflexão sobre as consequências da decisão, e sem compromisso de reafirmar a tese defendida em casos futuros. Em suma, a discussão judicial acerca do conteúdo e limitações de princípios constitucionais que retratam valores de uma sociedade conduz ao debate sem lógica e a decisões imprevisíveis e inconsistentes.

Ora, se os agentes interessados em celebrar determinado contrato

não sabem como as divergências surgidas na execução contratual serão dirimidas, porque decisões judiciais serão tomadas de acordo com o juízo de valor pessoal de cada julgador, não se pode esperar que pessoas invistam tempo e dinheiro em um empreendimento cujo grau de retorno estará constantemente ameaçado por comportamentos oportunistas que poderão ser cancelados pelo próprio Poder Judiciário.

Feita, portanto, esta breve síntese dos parâmetros teóricos explorados no trabalho passa-se, objetivamente, à resposta da pergunta norteadora do trabalho que é, relembre-se, a seguinte: quais as consequências, para o processo de crescimento econômico brasileiro, das decisões judiciais que, com fundamento em princípios constitucionais abstratos carentes de significado universal, ignoram os referenciais legais e as cláusulas contratuais livremente pactuadas?

Enfrentando, a questão posta, é possível afirmar, com fundamento na teoria econômica neoinstitucionalista, que, em termos gerais, as decisões judiciais que modifiquem os referenciais legais e as cláusulas contratuais livremente pactuadas induzem comportamentos oportunistas, inadimplência, aumento dos custos de transação, diminuição do número de transações econômicas e pouco investimento em inovações tecnológicas, ou seja, afetam negativamente a geração de riquezas.

Em termos mais específicos, os efeitos são os seguintes:

1) para as partes que celebraram o contrato que foi objeto de análise pelo Poder Judiciário, a consequência é o descumprimento do arranjo inicial que as estimulou a contratar, com a consequente perda na geração de riquezas, já que o pressuposto base para tal, como visto, é a manifestação voluntária de vontade sobre um contrato livremente negociado;

2) para os contratantes futuros, a consequência é o estímulo a comportamentos oportunistas que, para serem enfrentados, levarão as partes a incorrerem em mais custos de transação (contratos mais elaborados, monitoramento e execução forçada), diminuindo ou, até mesmo, nulificando a geração de riquezas da transação. O mais grave é que medidas convencionadas pelas partes para tentar evitar comportamentos oportunistas correm o mesmo risco de serem desconsideradas pelo Poder Judiciário, em um segundo momento, o que cria uma espiral de insegurança e incerteza jurídicas que levará a mais comportamento oportunista, mais custos

de transação e, no limite, à decisão das partes de não contratarem.

Em suma, as consequências são nefastas para o processo de geração de riquezas: ou se gera menos riqueza, na hipótese de os benefícios da transação ainda superarem os custos; ou não se gera riqueza alguma, na hipótese de as partes decidirem não contratar, porque os custos superam os benefícios. Além disso, como não se faz uma análise das consequências da decisão, é comum verificar que a classe que se pretende proteger, em um primeiro momento, venha a ser a maior prejudicada, no momento seguinte, como no caso da extinção de determinados contratos do mundo jurídico.

Há, ainda, um possível efeito colateral. Decisões carregadas de subjetivismos poderão incentivar a busca desenfreada pelo Judiciário, o que, somado ao baixo custo de se ingressar com ação judicial, no Brasil, pode levar ao aumento da demanda e à consequente má prestação jurisdicional, sendo este um dos fatores analisados pelos agentes econômicos quando pensam em investir no país.

Referências

- AKERLOF, George. The economics of information: qualitative uncertainty and market mechanism. *Quartely Journal of Economics*, Oxford, v. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970.
- ALSTON, Lee; MUELLER, Bernardo. *Property rights, violence and the State*. Brasília: Universidade de Brasília, 2003. 26 p. (Textos para discussão, 293)
- ANÁLISE econômica dos contratos: uma introdução. Working Paper n. 0008/10, versão 17/06/10.
- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Imagem das instituições públicas brasileiras*, 2007. Disponível em: <<http://a-ponte-aponte.blogspot.com/2007/09/falta-de-confiana-nas-instituies.html>>. Acesso em: 31 maio 2010.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 20 abr. 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 9, n. 851, nov. 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 23 abr. 2009.
- BARZEL, Yoram. *Economic Analysis of property rights*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1989.
- BECKER, Gary. Nobel lecture: the economic way of looking at behavior. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 101, n. 3, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia de direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- BRASIL. *Código civil*. Organização de textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 57. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução ao Código Civil brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1942.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 618841/SP, Relator Ministro Castro Filho. *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, 1º jul. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 318324/RS, Relator Ministro Sydney Sanches. *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, 11 abr. 2003.

_____. _____. Recurso Extraordinário 407688/SP, Relator Ministro César Peluso. *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, 06 out. 2006.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.976, Relator Ministro Joaquim Barbosa. *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, 18 maio 2007.

BRINIG, Margaret F. Rings and promises. *Journal of Law, Economics and Organization*, Oxford, v. 6, n. 6, p. 203-215, 1990.

BUENO, Newton Paulo. Lógica da ação coletiva, instituições e crescimento econômico: uma resenha temática sobre a nova economia institucional. *Economia*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 361-420, jul./dez. 2004.

BUSCAGLIA, Edgardo. *Law and economics of development*. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0580book.pdf>>. Acesso em: 4 maio 2010.

BUSCAGLIA, Edgardo; RATLIFF, William. *Law and economics in developing countries*. Stanford: Hoover Institution Press, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, Colorado, v. 4, n. 16, p. 390-397, nov. 1937.

_____. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, n. 3, out. 1960.

COOTER, Robert D.; SCHÄFER, Hans-Bernd. O problema da desconfiança recíproca. Tradução Luciano Benetti Timm. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 1, article 8, 2006.

DAM, Kenneth. *The Law-growth nexus: the rule of Law and economic development*. Washington, Brookings Institution Press, 2006.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

ESPINDOLA, Amanda Vilarino. *Breves considerações acerca da função social dos contratos sob o enfoque da análise econômica do direito*. Disponível em: <http://www.jasonalbergaria.com.br/Documentos/funcao_social_dos_contratos.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2010.

FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (Orgs.). *Economia industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002. p. 267- 286.

_____. Estado e economia no institucionalismo de Douglass North. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 23, n. 2 (90), p. 135-149, abr./jun. 2003.

_____. *Teoria dos jogos: para cursos de administração e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

FIGUEIREDO, Eurico de Lima. In: BARRETO, Vicente Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2006.

FILÁRTIGA, Gabriel Braga. Custos de transação, instituições e a cultura da informalidade no Brasil. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 28, p. 121-144, dez. 2007.

FRIEDMAN, Milton. The methodology of positive economics. In: *Essays in positive economics*. Chicago: University of Chicago Press (1953), 1970.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Índice de confiança no Judiciário. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/default.aspx?PagId=HTICVQTP&ID=267>>. Acesso em: 2 jun. 2010.

_____. Índice de confiança no Judiciário. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/subportais/RelICJBrasil4TRI2010.pdf>>. Acesso em: 1º mar. 2011.

GÉNÉREUX, Jacques. *As verdadeiras leis da economia II*. São Paulo: Loyola, 2006.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O direito e a law and economics: possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito. *Juris*, Rio Grande, n. 11, 2005.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 13, n.47, p. 25-65, jan./mar. 2010.

_____. REIF, Avner. Reputation and coalitions in medieval trade: evidence on the Maghribi traders. *Journal of Economic History*, Cambridge, v. 49, n. 4, p. 857-882, dez. 1989.

IBOPE. *Confiança nas instituições*. 2005. Disponível em: <[http://www.ibope.com.br/opiniao_publica/downloads/opp_confiancainstituicoes_mai05.ppt#300,19,Slide 19](http://www.ibope.com.br/opiniao_publica/downloads/opp_confiancainstituicoes_mai05.ppt#300,19,Slide%2019)>. Acesso em: 1º maio 2010.

KITCH, Edmund W. Los fundamentos intelectuales del análisis económico del derecho. In: ROEMER, Andrés (Comp.). *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KLEIN, Peter G. New institutional economics. *Encyclopedia of Law and Economics*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=115810>>. Acesso em: 10 maio 2011.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução Jose Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2006.

LEVY, Brian; SPILLER, Pablo. The institutional foundations of regulatory commitment: a comparative analysis of telecommunications regulation. *Journal of Law, Economics and Organization*, Oxford, v.10, n. 2, p. 201-246, out. 1994.

_____. *Regulations, institutions and commitment: comparative studies of telecommunications*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1996.

LOYOLA, Luiza Maria Thomazoni. O direito de propriedade sob o enfoque da teoria de direito e economia. *EOS*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 32-42, jan./jul. 2007.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Pioneira Tomson Learning, 2005.

MELO, Luiz Martins de. Modelos tradicionais de concorrência. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (Orgs.). *Economia industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002. p. 3-22.

MELLO, Maria Tereza Leopardi; ESTEVES, Heloisa Lopes Borges. *Direito e economia na noção de direitos de propriedade*. Disponível em: < www.ie.ufrj.br/datacenterie/pdfs/seminarios/.../texto1111.pdf>. Acesso em: 24 maio 2011.

MILGRON, Paul; ROBERTS, John. *Economics, organizational & management*. New Jersey: Prentice-Hall, 1992.

MONTORO FILHO, André Franco. *Percepções sobre a justiça*. Disponível em: <http://www.etco.org.br/user_file/Pesquisa_ETCO_DireitoEconomia_2009.pdf>. Acesso em: 4 maio 2010.

NORTH, Douglass C. *Custos de transação, instituições e desempenho econômico*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2006.

_____. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008.

NUSDEO, Fabio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PESSALI, Huáscar Fialho. Teoria dos custos de transação: hibridismo teórico? Uma apresentação aos principais conceitos e à literatura crítica. *Economia em Revista*, Maringá, v. 8, p. 41-65, 1999.

PIGOU, Arthur C. *The economics of welfare*. Londres: Macmillan, 1920.

PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000.

_____. *Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados*. Rio de Janeiro: IPEA, 2002. (Texto para Discussão, 966)

_____. *Segurança jurídica, crescimento e exportações*. 2005. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/2005/td_1125.pdf>. Acesso em: 12 maio 2010.

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

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010.

POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

_____. Usos e abusos de la teoría económica en el derecho. In: ROEMER, Andrés (Comp.). *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 66-90.

REZENDE, Christiane Leles; ZYLBERSZTAJN, Décio. *Quebra dos contratos de soja verde*. Disponível em: <<http://www.sober.org.br/palestra/9/935.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2011.

ROBBINS, Lionel. *An essay on the nature and significance of economic science*. 3. ed. Londres: Macmillan, 1983.

RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do direito: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.

SADEK, Maria Tereza (Org.). *A crise do judiciário vista pelos juízes: resultados da pesquisa quantitativa*. São Paulo: Sumaré, 1995.

SANDRONI, Paulo. *Dicionário de economia do século XXI*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SIMON, Herbert. Rationality in psychology and economics. *Journal of Business*, v. 59, n. 4, p. 209-224, out. 1986.

TAMANHA, Brian Z. *On The Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004.

_____. *A concise guide to the rule of law*. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1012051>>. Acesso em: 9 maio 2010.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

VALE, André Rufino. Aspectos do Neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 9, jan./jun. 2007.

VELASCO E CRUZ, Sebastião C. Teoria e história: notas críticas sobre o tema da mudança institucional em Douglass North. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 23, n. 2 (90), abr./jun. 2003.

VIANNA, Luiz Wernneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WILLIAMSON, Oliver E. *Markets and Hierarchies: analysis and antitrust implication*. New York: Free Press, 1975.

_____. *The economic institutions of capitalism*. New York: Free Press, 1985.

_____. *The mechanism of governance*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

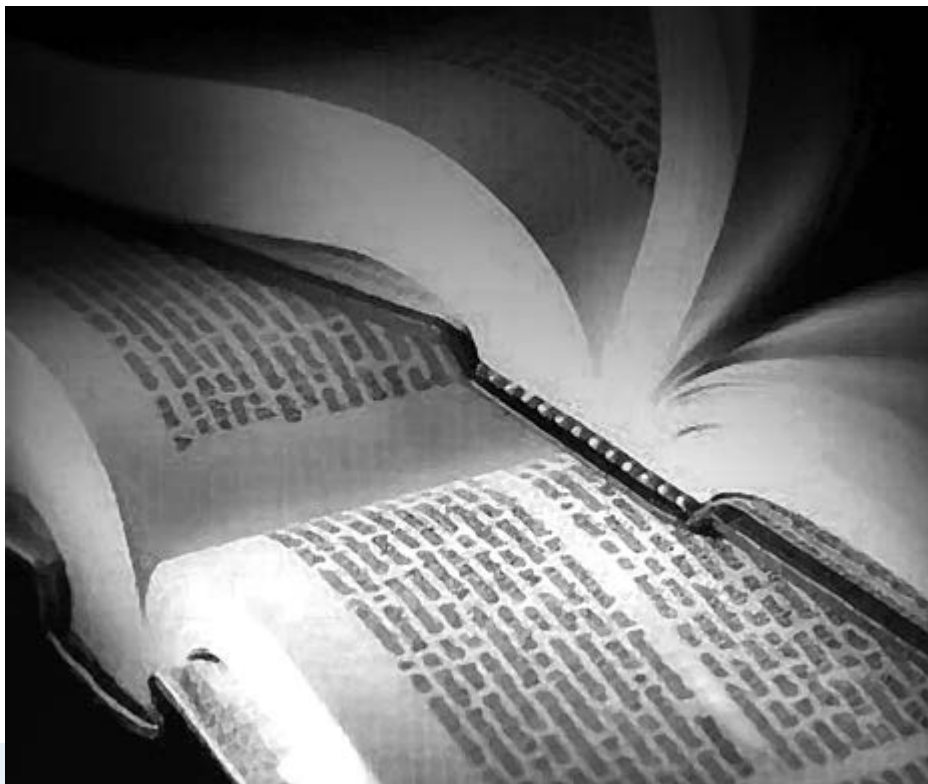
_____. Por que direito, economia e organizações? In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel (Orgs.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WILSON, James. Adaptation to uncertainty and small numbers exchange: the New England fresh fish market. *Bell Journal of Economics*, Michigan, v. 11, n. 2, p. 491-504, 1980.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel. Análise econômica do direito e das organizações. In: _____ (Orgs.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel; AZEVEDO, Paulo Furquim. Economia dos Contratos In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel (Orgs.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



A função do Poder Judiciário no processo de crescimento econômico brasileiro:
uma análise sobre os efeitos das decisões judiciais nas relações contratuais, à luz da nova economia institucional

Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho

CONSELHO EDITORIAL DO CEJ

Presidente

Ministro Mauro Campbell Marques

Diretor do Centro de Estudos Judiciários

Membros

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Nefi Cordeiro

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Raul Araújo Filho

Superior Tribunal de Justiça

Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Rio de Janeiro-RJ

Desembargadora Federal aposentada Margarida de Oliveira Cantarelli

Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Recife-PE

Juiz Federal João Batista Lazzari

Seção Judiciária de Florianópolis-SC

Juíza Federal Vânia Cardoso André de Moraes

Seção Judiciária de Minas Gerais-MG

Desembargador José Renato Nalini

Tribunal de Justiça de São Paulo-SP

Desembargador Pedro Manoel Abreu

Tribunal de Justiça de Florianópolis-SC

Professor Doutor Cesar Luiz Pasold

Universidade do Vale do Itajaí-Univali – Florianópolis-SC

Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica-PUC – Porto Alegre-RS

Professor Doutor José Rogério Cruz e Tucci

Universidade de São Paulo-USP – São Paulo-SP

Professor Doutor Otavio Luiz Rodrigues Junior

Universidade de São Paulo-USP – São Paulo-SP

Professor Doutor Roberto Ferreira Rosas

Universidade de Brasília-UnB – Brasília-DF

Professor Doutor Joaquim de Arruda Falcão Neto

Diretor da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito – Rio de Janeiro-RJ

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



A função do Poder Judiciário no processo de crescimento econômico brasileiro:
uma análise sobre os efeitos das decisões judiciais nas relações contratuais, à luz da nova economia institucional

Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho

Copyright © Conselho da Justiça Federal

É autorizada a reprodução parcial ou total desde que citada a fonte.

As opiniões expressas pelos autores não são necessariamente reflexo da posição do Conselho da Justiça Federal.

EQUIPE EDITORIAL

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Ministro Mauro Campbell Marques

Diretor

Jaqueline Aparecida Correia de Mello

Secretária

DIVISÃO DE EDITORAÇÃO DO CEJ

Milra de Lucena Machado Amorim

Diretora

Ariane Emílio Kloth

Chefe da Seção de Edição e Revisão de Textos

Luciene Bilu Rodrigues

Servidora da Seção de Edição e Revisão de Textos

Dulcinéia Mendes dos Santos

Servidora da Seção de Edição e Revisão de Textos

Helder Marcelo Pereira

Chefe da Seção de Programação Visual e Arte-Final

P654f Pinheiro Filho, Francisco Renato Codevila.

A função do poder judiciário no processo de crescimento econômico brasileiro: uma análise sobre os efeitos das decisões judiciais nas relações contratuais, à luz da nova economia institucional / Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2017.

101 p. – (Série monografias do CEJ ; v. 25)

ISBN 978-85-

1. Poder judiciário. – 2. Crescimento econômico, aspectos jurídicos. – 3. Decisão judicial. – 4. Sistema judiciário. 5. Direito e economia. – I. Título. – II. Série.

CDU 352.56:33

*Dedico este trabalho aos meus pais,
por tudo que fizeram pela minha formação.
À Alessandra, pela compreensão e pelos incentivos.
Em especial, dedico às minhas queridas filhas,
Maria e Alice, inspirações da minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Ivo Teixeira Gico Jr.,
por caminhar comigo nesta jornada e auxiliar-me durante todo o
processo de pesquisa e elaboração da dissertação, com suas críticas,
incentivos e provocações.

Agradeço, ainda, aos colegas do Grupo de Estudo de Direito e
Economia,
pelos debates instigantes.

SOBRE O AUTOR

Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho é juiz auxiliar da Corregedoria Regional da Justiça Federal da 1ª Região. É Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL (NEI) E O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES NO CRESCIMENTO ECONÔMICO DOS PAÍSES	19
1.1 Os pressupostos metodológicos da economia neoclássica	19
1.2 A Teoria dos Custos de Transação (TCT)	32
1.2.1 A Teoria dos Custos de Transação: o início com Ronald Coase	33
1.2.2 A Teoria dos Custos de Transação: o Teorema de Coase	36
1.2.3 A Teoria dos Custos de Transação: a contribuição de Oliver Williamson	39
1.3 A nova economia institucional e o papel das instituições segundo Douglass North	45
2 ESTADO DE DIREITO, PODER JUDICIÁRIO E CRESCIMENTO ECONÔMICO.....	51
2.1 O contrato como instrumento de geração de riquezas individuais e coletivas.....	51
2.2 Estado de Direito, Teorema de Coase e geração de riquezas	55
2.3 O Poder Judiciário como instituição necessária ao crescimento econômico: previsibilidade e confiabilidade das decisões judiciais proferidas em questões contratuais	59
3 DECISÕES JUDICIAIS CONTRA LEGEM E CONTRA CONTRATO: EFEITOS E INCENTIVOS PARA OS AGENTES ECONÔMICOS	67
3.1 Breve introdução ao movimento jurídico neoconstitucionalista	67

3.2	Efeitos das decisões judiciais principiológicas sobre as escolhas dos agentes econômicos.....	80
	CONCLUSÃO	85
	Referências	95

INTRODUÇÃO

Existe, entre os operadores do Direito, uma percepção de que as decisões judiciais estão cada vez menos fundamentadas nas diretrizes objetivas das leis e cada vez mais fundamentadas em princípios constitucionais abstratos e sem conteúdo definido, tais como, dignidade da pessoa humana, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade, razoabilidade, vedação do tributo com efeito de confisco, entre tantos outros.

Essa problemática da efetivação dos princípios constitucionais, via decisão judicial, é bem caracterizada por Barcellos (2005, p. 173-174). Segundo a autora, os princípios constitucionais podem ser agrupados em duas categorias. O primeiro grupo congrega os princípios que descrevem efeitos relativamente indeterminados, cujo conteúdo, em geral, é a promoção de fins ideais, valores ou metas políticas (dignidade da pessoa humana, por exemplo).

O segundo grupo também pretende produzir efeitos associados a metas valorativas ou políticas, assim como acontece com o primeiro, mas os fins aqui descritos são determinados, o que aparentemente os aproximaria das regras (a busca do pleno emprego, por exemplo). A dificuldade, porém, é que a identificação das condutas necessárias e exigíveis para a realização dos efeitos desses princípios não depende apenas da complexidade do próprio efeito e/ou da variedade de circunstâncias fáticas sobre as quais ele incide, como nas regras. Por conta da natureza do efeito pretendido, não se trata apenas de empreender um raciocínio lógico-jurídico para apurar as condutas exigíveis; cuida-se, diversamente, de escolher entre diferentes condutas possíveis a partir de distintas posições políticas, ideológicas e valorativas. Se há um caminho que liga o efeito às condutas no caso das regras, há uma variedade de caminhos que podem ligar o efeito do princípio a diferentes condutas, sendo que o critério que vai definir qual dos caminhos escolher não é jurídico.

Ainda, segundo Barcellos (2005, p. 175), os dois grupos de princípios que se acaba de descrever têm sua indefinição – no primeiro caso, indefinição de efeitos, e, no segundo caso, das condutas – associada a disputas entre valores diversos, concepções morais e filosóficas e/ou diferentes opções político-ideológicas, sendo que, repita-se, a escolha entre esses elementos não decorre de um juízo jurídico.

Daqui, por diante, neste trabalho, quando se fizer referência a princípios, é esta a ideia que se quer preservar, ou seja, a de que, ou os fins por eles propostos são indeterminados, ou os meios de se atingir fins determinados não foram especificados pelo constituinte, e que a identificação, em ambos os casos, sujeita-se a análise de valores e opções políticas ou ideológicas, o que propicia uma multiplicidade de respostas, quando houver resposta.

Neste contexto, portanto, de decisões fundamentadas em princípios, como que em um processo de inversão da ordem descrita no art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil –“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. – (BRASIL, DECRETO-LEI N. 4.657/1942), as leis e os contratos protegidos pelas leis deixam de ser o referencial de conduta para os indivíduos e a decisão judicial assume este papel.

O problema é que, quando se decide baseado em princípios, qualquer resultado é possível, pois não há consenso ou qualquer mecanismo que viabilize a geração de consenso sobre o que venha a ser dignidade da pessoa humana, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade, razoabilidade, vedação do tributo com efeito de confisco, etc., e, tampouco, existe consenso sobre como devem ser implementados, situação que se agrava ainda mais já que não há mecanismo eficaz que impeça a proliferação de decisões divergentes.

Como consequência, a sociedade tem dificuldade para saber o que é realmente permitido ou vedado, e, em especial, por ser este o objeto do presente trabalho, não é possível prever se o Poder Judiciário protegerá, ou não, determinado arranjo contratual voluntariamente celebrado. Em suma, os referenciais de conduta não são claros, e quando isso acontece, como será visto adiante, toda a sociedade é afetada de forma negativa, em decorrência dos chamados “comportamentos oportunistas”, que são condutas

praticadas por indivíduos, empresas, ou, até mesmo, governos, que gozam de uma posição privilegiada em determinada relação contratual.

Esta posição privilegiada pode decorrer de inúmeros fatores. No caso a ser estudado, ela tem origem na incerteza das partes em relação aos pronunciamentos do Poder Judiciário sobre uma determinada questão, incerteza esta que incentiva a inadimplência contratual. Por exemplo: porque um senhor idoso pagará o aluguel do imóvel em que reside, se o Poder Judiciário sinaliza com a possibilidade de proferir decisão fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana impedindo o despejo, a despeito de determinação legal e contratual nesse sentido? Este caso, além de ilustrativo, é real, e aconteceu no Rio Grande do Sul (ESPINDOLA).

Ainda sobre a falta de referencial de conduta, veja-se, por exemplo, o caso do depósito prévio como condição para conhecimento do recurso administrativo-fiscal. Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a exigência legal não violava o princípio do contraditório e da ampla defesa (BRASIL, STF, AI 318.324/RS). Contudo, no momento seguinte, sem que o texto constitucional ou a lei tivessem sofrido qualquer modificação, aquele mesmo Tribunal entendeu que havia violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. (BRASIL, STF, ADIN 1.976).

A questão não se resume, apenas, ao fato de o STF decidir com base em princípios constitucionais carentes de conteúdo definido. Mesmo fundamentando suas decisões em princípios seria possível gerar referenciais seguros de comportamento, desde que o precedente fosse respeitado nos julgamentos posteriores. Como isso não acontece, o problema que surge é que o STF, além de afastar o referencial legal, não oferece outro referencial confiável. Portanto, o Poder Judiciário, que deveria ser o elemento pacificador dos conflitos sociais e gerador de estabilidade jurídica, na verdade, acaba sendo mais um fator de instabilidade e insegurança.

Tal fenômeno, é claro, também está presente nas instâncias inferiores, ou seja, os juízes também não se sentem vinculados às leis aprovadas pelo Parlamento. Assim, quando eles discordam da opção legislativa (como no caso do despejo por falta de pagamento do idoso), invocam um princípio constitucional qualquer para afastar a lei e impor a solução que consideram a mais correta, ou a mais justa, segundo seus próprios critérios e valores.

A esse respeito, Sadek (1995) apresentou o seguinte dado: 73,7% dos

juízes entrevistados para uma pesquisa concordaram inteiramente ou concordaram muito com a afirmação de que “o juiz não pode ser um mero aplicador da lei, devendo ser sensível aos problemas sociais”. Em outra pesquisa, conduzida por Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1997), 83% dos magistrados concordaram com a assertiva de que “o Poder Judiciário não é neutro, e que em suas decisões o magistrado deve interpretar a lei no sentido de aproximá-las dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social”.

Se, efetivamente, os juízes agem como constatado pelas pesquisas citadas, pode-se dizer que não há como prever o resultado das demandas judiciais e que, portanto, a confiança da sociedade no Poder Judiciário, como instituição responsável pela imposição das leis e dos contratos, está abalada. E, de fato, parece que está:

1) na pesquisa IBOPE, divulgada em 2005, sobre confiança dos cidadãos nas instituições, o Poder Judiciário figura no 11º lugar, entre 17 instituições, com índice de confiança em 54 pontos (IBOPE);

2) na pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), divulgada em 2007, o Poder Judiciário de um modo geral tem a confiança de, apenas, 41,8% dos entrevistados (ASSOCIAÇÃO...);

3) o Índice de Confiança no Judiciário - ICJ, divulgado pela Fundação Getúlio Vargas desde 2009, em clara curva descendente, com alguma oscilação positiva, apresenta os seguintes resultados, em uma escala que vai de 0 a 10 pontos: 2º trimestre/2009 (6,5), 3º trimestre/2009 (5,6%), 4º trimestre/2009 (5,8), 1º trimestre 2010 (5,9), 2º trimestre/2010 (4,4), 3º trimestre/2010 (4,4) e 4º trimestre 2010 (4,2). (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS).

4) o mesmo relatório divulgado pela Fundação Getúlio Vargas, que tem como referência o 4º trimestre/2010, aponta que o Poder Judiciário figura no penúltimo lugar em confiabilidade, entre dez instituições pesquisadas: Forças Armadas (60%), Igreja Católica (56%), Grandes Empresas (52%), emissoras de TV (47%), imprensa escrita (43%), Polícia (40%), Partidos Políticos (37%), Congresso Nacional (36%), Poder Judiciário (33%), Governo Federal (25%). (IDEM).

É importante ressaltar que não se pode identificar, pelos resultados das pesquisas citadas, que haja alguma relação de causa e efeito entre imprevisibilidade das decisões judiciais e falta de confiança no Poder

Judiciário. Este é justamente o aspecto que será abordado neste trabalho, a partir de referenciais exclusivamente teóricos e análise de casos concretos. As pesquisas indicam, sim, uma percepção social de que o Poder Judiciário não é confiável de forma genérica, o que, para o presente trabalho, funciona, apenas, como ponto de partida.

Pois bem, a despeito dos efeitos negativos para a segurança jurídica como um todo, quais as consequências para o processo de crescimento econômico advindas de decisões judiciais imprevisíveis e contraditórias? Quais os efeitos da falta de referencial jurídico seguro para as trocas econômicas? De que maneira um Judiciário pouco confiável pode abalar as relações econômicas e a geração de riquezas de um país?

Todas estas perguntas estão, no presente trabalho, sintetizadas no seguinte problema de pesquisa: quais as consequências, para o processo de crescimento econômico brasileiro, das decisões judiciais que, com fundamento em princípios constitucionais abstratos e carentes de significado universal, ignoram os referenciais legais e as cláusulas contratuais livremente pactuadas?

A hipótese que guiará a pesquisa é a de que decisões judiciais que modifiquem os referenciais legais e as cláusulas contratuais livremente pactuadas induzem comportamentos oportunistas, aumento dos custos de transação, inadimplência, diminuição do número de transações econômicas, menor investimento em inovações tecnológicas, ou seja, afetam negativamente a geração de riquezas.

O objetivo da pesquisa é demonstrar, a partir de referenciais teóricos e estudos de casos, que a atuação previsível do Poder Judiciário, e a consequente percepção entre os agentes econômicos de que se trata de uma instituição confiável, é condição necessária, apesar de não suficiente, para o crescimento econômico do País.

Tais questões serão abordadas à luz do postulado da racionalidade da Economia Neoclássica e da Teoria dos Custos de Transação (TCT), base da Nova Economia Institucional (NEI), os quais serão delineados em seus aspectos principais (capítulo I), para, em seguida, serem aplicados na análise dos efeitos, sobre as escolhas dos agentes econômicos, das decisões judiciais que se fundamentam em princípios constitucionais e alteram os arranjos contratuais (capítulos II e III).

Na conclusão, será demonstrado, a partir dos referenciais teóricos discutidos no trabalho e dos casos concretos apresentados, que decisões judiciais que modificam os arranjos contratuais livremente pactuados, com fundamento em princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, proporcionalidade, devido processo legal, vedação do efeito de confisco, entre outros, induzem comportamentos oportunistas por parte dos agentes econômicos e, conseqüentemente, aumentam o custo das transações, afetando negativamente a geração de riquezas para a sociedade.

1 A Nova economia institucional (NEI) e o papel das instituições no crescimento econômico dos países

Como será visto neste capítulo, é a partir do questionamento de alguns dos pressupostos da Economia Neoclássica, suscitado pela Nova Economia Institucional, que, no presente trabalho, o Poder Judiciário será confrontado com alguns dos problemas que dificultam os negócios jurídicos e, conseqüentemente, a geração de riquezas.

Antes, porém, é preciso apresentar alguns conceitos básicos próprios da Economia Neoclássica, os quais estão sendo paulatinamente revistos pelas correntes do pensamento econômico não ortodoxo.

1.1 Os pressupostos metodológicos da economia neoclássica

A Economia, como um todo, tem por objeto analisar como os indivíduos, sociedades e Estados geram recursos e como os distribuem. Para tanto, os neoclássicos adotam como parâmetro a eficiência, tanto para a geração como para distribuição dos recursos. Investiga-se, no plano positivo, se as escolhas para geração de recursos e sua distribuição conduziram a um resultado eficiente; e, no plano normativo, quais devem ser as escolhas para se atingir geração e distribuição eficiente de recursos.

Para os neoclássicos, eficiência está relacionada a dois critérios básicos. O primeiro deles, conhecido como

Eficiência de Pareto, do jurista e cientista político italiano Vilfredo Pareto, diz que uma escolha é eficiente se ela gerar um resultado que não possa ser melhorado para um indivíduo sem gerar prejuízo a algum outro; quando se chega a esta situação diz-se que foi atingido o ponto ótimo de Pareto. O outro critério muito utilizado é o de Kaldor-Hicks, segundo o qual, uma escolha será eficiente se os resultados favoráveis a um determinado setor da sociedade forem superiores aos prejuízos suportados pelo outro setor da sociedade, ou seja, se houver ganho líquido a escolha é eficiente.

Na busca pela eficiência na geração e distribuição de recursos, os neoclássicos formulam modelos de análise de comportamento dos vários seguimentos sociais, a partir dos quais é possível prever, com razoável margem de acerto, a reação dos indivíduos às alterações das inúmeras variáveis que afetam a oferta e a procura. Para tanto, utiliza-se, como ferramenta, o postulado da racionalidade, o qual será visto a seguir.

Do ponto de vista ético-filosófico, os chamados economistas clássicos do final do século XVIII e início do século XIX, como Adam Smith (1723-1790), Thomas Malthus (1766-1834) e David Ricardo (1772-1823) fundamentaram boa parte dos seus estudos na corrente de pensamento defendida por Jeremy Bentham (1748-1832) e, posteriormente, por John Stuart Mill (1806-1873), conhecida como utilitarismo.

Partindo do pressuposto hedonista de que os indivíduos buscam o prazer e evitam o sofrimento, o utilitarismo defende que as ações dos indivíduos devem ser julgadas pelos seus resultados, e não por suas motivações. Além disso, devem ser consideradas boas as ações que geram o maior bem-estar possível para a coletividade. Por isso, as construções teóricas relativas à convivência social que desconsiderem esses dois elementos, um, descritivo, e o outro, prescritivo, estarão condenadas a fornecer conclusões equivocadas. (FIGUEIREDO, 2006, p. 837-840).

Estas ideias influenciaram os economistas neoclássicos, como William Stanley Jevons (1835-1882), Carl Menger (1840-1921) e Friedrich von Wieser (1851-1926), que, com maior rigor científico, desenvolveram o postulado da racionalidade dos agentes, aplicado até os dias de hoje aos modelos de pesquisa desenvolvidos pelos economistas neoclássicos, com as características que serão delineadas a seguir.

Em suma, seja nas análises positivas ou descritivas (o que é), seja nas

normativas ou prescritivas (como deve ser), a Economia Neoclássica parte dos seguintes pressupostos:

a) **os desejos dos seres humanos são ilimitados, em relação aos recursos, que são escassos**, ou seja, ao tempo em que os desejos humanos são infinitos, os recursos necessários para a realização de todos os desejos são finitos e, conseqüentemente, escassos. Portanto, escassez significa que a sociedade tem recursos limitados e não pode produzir todos os bens e serviços que os indivíduos desejam;

b) em ambiente de recursos escassos, **os indivíduos tendem a agir de forma a maximizar suas utilidades**. Utilidade é a satisfação e o prazer retirado de cada bem, sem haver, necessariamente, uma conotação material. Dessa forma, é possível obter utilidade por meio do consumo de um alimento, mas também é possível obtê-la pela observação de uma obra de arte ou pelo mero conhecimento de que uma determinada paisagem natural permanece intacta. (RODRIGUES, 2007, p. 13). Maximizar a utilidade significa extrair o máximo de benefício possível ao menor custo. Nesse sentido, como os recursos disponíveis são escassos, antes de fazer uma escolha, cada indivíduo leva em consideração os custos e benefícios de adquirir os bens que constam da sua lista de preferências. É o que se chama *trade off*, ou seja, uma escolha realizada a partir da análise comparativa de custos e benefícios entre opções disponíveis, porém, mutuamente excludentes em razão da restrição orçamentária. Por exemplo: comprar um carro ou fazer uma viagem ao redor do mundo, construir um hospital público ou dar aumento salarial aos servidores públicos, jogar futebol com os amigos ou estudar para a prova do dia seguinte. Neste último exemplo, o recurso escasso é o tempo;

c) **as preferências dos indivíduos são estáveis, completas, transitivas e ordinais**. Presume-se, inicialmente, que as preferências não se modificam, ou seja, que elas são estáveis. A estabilidade das preferências impõe que se as pessoas mudaram de comportamento, então, é porque alguma coisa mudou ao seu redor e não as suas preferências. Se as preferências não fossem estáveis, todo comportamento observado seria explicável recorrendo-se à mudança de preferências e a teoria perderia seu poder explicativo. (GICO JÚNIOR, 2010, p. 25-65). Admite-se, ainda, que as preferências são completas, isto é, que o agente é capaz de definir suas

preferências em qualquer universo de escolhas possível, seja pelo estabelecimento de uma ordem de preferências (A é estritamente preferível a B, se e somente se A for tão bom quanto B, mas B não for tão bom quanto A), seja pela conclusão de que, diante das opções possíveis, o indivíduo é indiferente a todas elas (existe relação de indiferença quando A é tão bom quanto B, e B tão bom quanto A). Admite-se, também, a transitividade das escolhas, ou seja, se A é preferível a B, e B preferível a C, então, presume-se que, para o agente racional, A é preferível, também, a C, ainda que não tenham sido explicitamente comparadas. Ademais, as preferências são ordinais. Elas permitem dizer que A é preferível a B, e B a C, mas não quão preferíveis elas são, ou se A é mais preferível a B do que B a C. Vale dizer, pode-se falar em ordem de preferências, não em intensidade de preferências. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 63)

d) por fim, **os indivíduos reagem a estímulos**, ou seja, as escolhas podem ser modificadas em função de um elemento exterior à relação que existe entre o indivíduo e o bem por ele desejado. Quando o bem escasso que o indivíduo dispõe para trocar por outros pode se tornar ainda mais escasso, em função de uma escolha, esta situação passa a influenciar na decisão. Como as pessoas tomam decisões por meio da comparação entre custos e benefícios, seu comportamento pode mudar quando os custos ou benefícios mudam. Por exemplo, o aumento do preço do bem, considerando a escassez dos recursos financeiros, pode fazer com que o indivíduo reveja suas prioridades; não as preferências, pois estas permanecem estáveis no modelo.

Em defesa da amplitude e utilidade do modelo, é necessário enfatizar que a noção de recurso escasso não está limitada à de recurso financeiro, e, justamente por isso, o modelo metodológico da economia neoclássica pode ser aplicado sempre que o indivíduo se vê diante da situação de ter que tomar uma decisão sobre como alocar melhor os recursos escassos disponíveis. Nesse sentido, afirma-se que, onde houver espaço para escolhas, as condutas serão passíveis de análise pelo método econômico, pois o objeto da moderna ciência econômica abrange toda forma de comportamento humano que requer a tomada de decisão. O principal motivo dessa amplitude é que, segundo Gico Jr. (2010, p. 25-65), antes de qualquer coisa, a economia caracteriza-se por ser um método de

investigação, e não por ter um objeto específico de análise. Becker (1993) fez uma interessante observação acerca da evolução do campo de análises da economia, no sentido de que ela estaria ingressando em uma terceira era. Durante a primeira, considerava-se que a economia se limitava ao estudo dos mecanismos de produção e consumo de bens materiais (a tradicional teoria dos mercados). Em um segundo momento, o campo da teoria econômica foi sendo ampliado, dando lugar às questões decorrentes das trocas de moedas. Atualmente, o campo de análises da economia estende-se ao conjunto das condutas humanas e às decisões correspondentes. Assim, toda questão que coloque um problema de alocação de recursos e de opções em situação de escassez, caracterizada pelo enfrentamento de objetivos alternativos, pertence à economia. Por isso, de acordo com o clássico conceito de Lionel Robbins (1983), economia é a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos os quais possuem usos alternativos.

Outro aspecto importante é a irrelevância, para o pressuposto da racionalidade, de variáveis como classe social, renda, cultura, escolaridade, raça, sexo, idade ou profissão. Na verdade, todos os indivíduos podem ser analisados à luz do pressuposto neoclássico. Não se está a dizer, no entanto, que um brasileiro católico e um saudita muçulmano, agindo racionalmente, terão a mesma postura diante, por exemplo, da bigamia. Nesse caso, por razões culturais, as preferências não são as mesmas entre os povos, mas a racionalidade, dadas as preferências, permanece. É por isso que a racionalidade, como método de pesquisa, pode ser considerada um padrão universal de comportamento no sentido de que todos tendem a agir de forma racional, ou seja, preordenando condutas em relação aos seus interesses, com prévia ponderação de custos e benefícios. Contudo, não se pode dizer que caracterize um padrão universal de comportamento no sentido de que, sempre que adotado, levará aos mesmos resultados.

É claro que ninguém acredita que as pessoas ajam exatamente como descrito no postulado neoclássico, nem mesmo os economistas. Na verdade, o paradigma do agente racional é uma aproximação útil que a Economia desenvolveu, diante da sua incapacidade para penetrar na mente e no cérebro humanos. Ele oferece a vantagem de gerar uma teoria operacionalizável, que descreve com aproximação a realidade, e ainda

pode ser testado empiricamente. Portanto, é útil, e se é útil, não pode ser descartado *a priori*.

Vale lembrar, com Posner (1998, p. 24), que o apelo a abstrações o mais próximo possível da realidade está na essência da investigação científica. Por exemplo, a Lei de Newton é pouco realista no seu pressuposto básico de que os corpos caem no vazio, mas segue sendo uma teoria útil porque prognostica com razoável precisão o comportamento de uma grande diversidade de corpos que caem no mundo real. Do mesmo modo, uma teoria econômica do direito não incluirá toda a complexidade, riqueza e confusão dos fenômenos (penais, judiciais, maritais ou o que mais seja) que cuidará de elucidar. Mas sua falta de realismo no sentido da plenitude descritiva, longe de invalidar a teoria, é uma condição desta. Uma teoria que em seus pressupostos reproduzisse fielmente a complexidade do mundo empírico não seria uma teoria – uma explicação –, mas uma descrição.

Para que se tenha ideia da utilidade do postulado da racionalidade, foi a partir dele que a Economia foi capaz de desenvolver inúmeros teoremas, como, por exemplo: 1) o aumento do preço reduz a quantidade da demanda; 2) o aumento do preço aumenta a quantidade ofertada, porque mais pessoas terão interesse em produzir; 3) mercados competitivos satisfazem as preferências dos consumidores mais efetivamente do que mercados monopolísticos; 4) a tributação incidente sobre um determinado produto reduz a quantidade deste produto no mercado.

A título exemplificativo, veja-se como é possível tratar um determinado tema, aparentemente desconectado da economia, como o tráfico de drogas, a partir dos teoremas desenvolvidos com fundamento no postulado neoclássico da racionalidade. A repressão do Estado ao tráfico de entorpecentes cria embaraços que precisam ser superados pelos traficantes, gerando a necessidade de aquisição de armas, carros, desenvolvimento de mecanismos eficientes de transporte e distribuição, e tudo isto é custo que precisa ser repassado ao usuário, o que explica o alto preço das drogas. Pois bem, adotando-se o postulado da racionalidade como parâmetro, pode-se dizer que a descriminalização do tráfico de drogas teria, como primeiro efeito, a redução do preço do produto, porque aqueles custos operacionais não mais existiriam, sendo substituídos por outros, bem menos onerosos. O segundo efeito seria a abertura de concorrência

entre os fornecedores e, nesse caso, se os concorrentes não incorrerem em práticas anticompetitivas, é provável que os preços diminuiriam ainda mais, até chegar a um valor de equilíbrio. Como os lucros não seriam mais exorbitantes, deixaria de existir incentivo para, por exemplo, tentar eliminar o concorrente através de condutas criminosas, já que os custos para estas escolhas tenderiam a superar os benefícios. Não haveria, portanto, incentivo para a prática de inúmeros crimes que, hoje, orbitam em torno do tráfico de drogas, como: homicídio, roubo, furto, tráfico de armas, lesão corporal, corrupção, prevaricação, crimes contra a ordem tributária, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, ocultação de ativos, etc.

Outros dois pressupostos que guiam as análises da economia neoclássica são o de que os indivíduos possuem **informações completas** sobre os agentes e o mercado, e que as relações entre eles são travadas em ambiente de **concorrência perfeita**.

Para produzir um mercado de concorrência perfeita, assume-se que existem muitos consumidores e muitas empresas, todos de tamanho pequeno em relação ao mercado como um todo, de forma que as suas decisões não influenciam no preço do bem. Supõe-se, ademais, que todos possuem informação completa sobre os preços cobrados por todas as empresas (assimetria de informações) e que não há nenhum tipo de co-operação explícita ou tácita entre elas (PINHEIRO, 2005, p. 55). Mas, para falar em concorrência perfeita é necessário, ainda, que os produtos sejam idênticos ou quase idênticos, ou, no jargão econômico, que sejam substitutos perfeitos entre si (*commodities*). Havendo homogeneidade entre os produtos, nenhuma empresa poderá elevar o preço do seu produto, sob pena de ficar fora do mercado. Por fim, considera-se que a entrada e saída das empresas neste mercado é livre, sem que seja necessário incorrer em custos adicionais ou especiais.

Segundo Pindyck e Rubinfeld (2010, p. 238-239), custos especiais que podem restringir a entrada são aqueles que uma nova empresa precisaria enfrentar, mas que outra empresa já estabelecida no mercado não teria. A indústria farmacêutica, por exemplo, não é perfeitamente competitiva. A Merck, a Pfizer e as outras empresas do setor mantêm patentes que lhes garantem direitos únicos de produzir certos medicamentos. Uma empresa nova que quisesse entrar nesse mercado teria que investir em pesquisa e

desenvolvimento de produtos para ter seus próprios medicamentos competitivos ou, alternativamente, teria de comprar licenças de fabricação de outros laboratórios já existentes, pagando altas taxas. Os dispêndios com P&D e com as taxas de licença poderiam limitar a possibilidade de essa nova empresa entrar no mercado. De modo semelhante, a indústria aeronáutica também não é perfeitamente competitiva, porque a entrada requer imensos investimentos em fábrica e em equipamentos que têm pouco ou nenhum valor de revenda.

Em suma, o modelo da competição perfeita possui as seguintes características: a) grande número de empresas; b) produto homogêneo; c) livre entrada e saída de empresas; d) maximização de lucros; e) livre circulação de informação, e f) perfeita mobilidade dos fatores de produção. De todos eles, deve ser destacado, para os fins do presente trabalho, aquele que se refere à livre circulação de informação. Considera-se, no modelo neoclássico, que todos os compradores e vendedores possuem perfeito conhecimento das condições do mercado. Este conhecimento não se refere somente às condições correntes de produção, mas também às condições futuras. A informação é livre e sem custo. Portanto, não existe incerteza sobre o comportamento futuro dos mercados (MELO, 2002, p. 3-22).

Como exemplo de mercado perfeitamente competitivo pode ser citado o mercado de trigo, em que há milhares de agricultores e milhares de consumidores que utilizam o grão e seus derivados. Como não há um comprador ou vendedor específico que seja capaz de influenciar o preço do trigo, cada um deles aceita o preço como dado (MANKIW, 2005, p. 65).

Pois bem, para os fins do presente trabalho, tão ou mais importante quanto conhecer as características dos postulados da racionalidade é conhecer as críticas apresentadas ao modelo metodológico e as modificações que vêm sendo paulatinamente introduzidas por algumas correntes do pensamento econômico não ortodoxo.

Uma das principais críticas aos pressupostos neoclássicos é no sentido de que a ciência não poderia tomar como paradigma uma linha de comportamento reconhecidamente distante da realidade.

A esse respeito, Friedman (1953; 1970, p. 3-43) afirmou que a Economia, como outras Ciências Sociais, enfrenta a dificuldade de ter que formular hipóteses somente passíveis de serem confirmadas ou rejeitadas

na prática. É diferente da Física, por exemplo, que pode testar em laboratório suas hipóteses. Nesse mesmo sentido, Mankiw (2005, p. 21) afirma que os físicos que estudam a gravidade podem deixar cair quantos objetos quiserem em seus laboratórios para gerar dados e testar suas teorias. Por sua vez, os economistas que estudam a inflação não podem manipular a política monetária de um país simplesmente para gerar dados úteis.

Por isso, Friedman (1953; 1970, p. 3-43) defende que uma teoria deve ser julgada pelo seu poder preditivo sobre uma classe de fenômenos que ela se propõe a examinar. Nesse sentido, o único teste de validade relevante é a comparação das previsões com a realidade. Assim, as hipóteses serão rejeitadas, ou aceitas, se suas previsões forem contraditadas, ou não. A confiabilidade da hipótese será estabelecida se ela for capaz de resistir às várias tentativas de ser contraditada. Portanto, não se deve julgar a hipótese, *a priori*, pelo seu pressuposto metodológico. Somente a aplicação prática será capaz de dizer, *a posteriori*, se o método adotado é útil ou não.

Ainda, segundo Fabio Nusdeo (2001, p. 65), há um fator de perturbação bastante sério nas Ciências Sociais: o fato de nelas o homem ser ao mesmo tempo sujeito e objeto. Em outras palavras, aquele que pesquisa, examina e prevê faz, normalmente, parte da realidade pesquisada. Daí a possibilidade de vieses de julgamento, decorrentes de envolvimento pessoal, a prejudicar indesejavelmente a necessária objetividade do pesquisador. É por isso que a economia criou um modelo generalizante de comportamento, o mais neutro possível, livre de influências morais, a partir do qual a economia normativa elaborará hipóteses testáveis no dia a dia.

Outra forte crítica ao modelo neoclássico é a de que o paradigma do comportamento racional dos agentes está relacionado ao egoísmo, ou, que agir de forma racional significa maximizar interesses pessoais em detrimento dos interesses dos outros. Na verdade, para a economia neoclássica, agir de forma racional significa, apenas, alinhamento de conduta (meio) de acordo com os objetivos almejados (fim), levando-se em consideração os custos e benefícios das opções disponíveis, o que, segundo o modelo do agente racional, é válido para qualquer tipo de indivíduo.

Segundo Becker (1993), o modelo assume que os indivíduos maximizam o bem-estar da forma como eles o concebem, não importa se de forma egoísta, altruísta, leal, maldosa ou masoquista. Por sua vez, Kitch

(2000) afirma que a premissa de que o interesse próprio é uma forte constante do comportamento humano não conduz de forma lógica à hipótese de que as pessoas se comportarão de forma antissocial. Ao contrário, o interesse próprio pode explicar porque as pessoas agem em conformidade com as normas morais e jurídicas de uma comunidade. Os benefícios do intercâmbio só podem existir se cada indivíduo está disposto a cooperar com os outros e se as normas legais e morais podem ser tidas como o marco que torna possível tais intercâmbios.

Mas, a verdade é que, após sofrer tantas críticas, algumas revisões fizeram-se necessárias. O pressuposto da simetria de informações, por exemplo, adotado no mercado perfeitamente competitivo, vem sendo paulatinamente reavaliado e os neoclássicos passaram a dar maior importância à condição de informações assimétricas entre os agentes do mercado, aspecto de extrema importância no presente trabalho, como será visto adiante.

De acordo com Milgrom e Roberts (1992), a **assimetria de informações** pode ser caracterizada como uma situação na qual uma das partes da transação não possui toda a informação relevante para averiguar se os termos do contrato que está sendo proposto são mutuamente aceitáveis e se serão implementados. No mesmo sentido, porém, referindo-se à teoria dos jogos, Ronaldo Fiani (2006, p. 371) diz que um jogo envolve assimetria de informação quando um dos jogadores possui informação relevante acerca de um dos aspectos do jogo, informação esta de que algum outro jogador não dispõe e que não pode ser obtida a baixo custo.

Questões de assimetria informacional foram modeladas, inicialmente, por Akerlof (1970, p. 488-500), no mercado de carros usados. Segundo ele, os automóveis usados são vendidos por um valor muito menor do que eles realmente valem, porque existem informações assimétricas a respeito de sua qualidade: o vendedor de um automóvel usado sabe muito mais a respeito do veículo do que seu potencial comprador. Como resultado, os melhores carros são excluídos do mercado, porque seus proprietários não querem se sujeitar à subavaliação. As implicações das informações assimétricas a respeito da qualidade dos produtos, porém, vão muito além do mercado de automóveis usados. Os mercados de seguro, crédito financeiro e até mesmo de empregos são também caracterizados por informações assimétricas sobre a qualidade dos produtos (PINDYCK; RUBINFELD, 2010,

p. 550). Na verdade, em qualquer situação em que haja interação entre indivíduos a assimetria de informações estará presente, às vezes mais, às vezes menos, sendo certo que a minimização da assimetria pressupõe custo.

A adoção do pressuposto da assimetria informacional, por sua vez, gerou três novas categorias analíticas, que são: a **seleção adversa**, o **risco moral** e o **problema agente-principal**.

Na seleção adversa, em razão do déficit informacional, um indivíduo pode ser levado a fazer uma escolha equivocada. No risco moral, devido ao mesmo problema, a dificuldade que um indivíduo tem para controlar as ações de outro indivíduo deixa este último livre para agir de acordo com as suas próprias preferências.

Para facilitar a explicação, tomar-se-á como exemplo o mercado de seguro de automóveis. Em termos resumidos, para que as seguradoras tenham lucro é preciso que o gasto com as indenizações não supere o montante do prêmio recolhido por todos os segurados. Como não é possível para a seguradora ter entre seus segurados somente indivíduos que se expõem pouco ao risco, é preciso que haja uma proporção eficiente entre segurados que se expõem muito e segurados que se expõem pouco ao risco. Contudo, devido à assimetria de informações existente entre a seguradora e o segurado, a seguradora não sabe, nem pode saber a baixo custo, se o segurado se expõe muito ou pouco ao risco e, por isso, pode ser levada a fazer uma escolha equivocada, contratando com um indivíduo que se expõe excessivamente ao risco. Isto é seleção adversa. Medidas como pesquisa sobre hábitos pessoais, idade, histórico de acidente de trânsito, etc., ajudam a diminuir a assimetria de informações nesses casos.

De outro lado, na medida em que é muito custoso para a seguradora monitorar o comportamento do segurado, este, que já está garantido contra qualquer sinistro, não possui incentivos para ter precaução, pois, para ele, é irrelevante ter ou não algum nível de precaução. Esta falta de incentivo para diminuir a exposição ao risco é chamada de risco moral. A franquia, por meio da qual o custo com o concerto do automóvel é partilhado com o segurado é uma forma de enfrentar o problema do risco moral.

Analisando, agora, o funcionamento de uma empresa, surge a questão atinente ao relacionamento entre os diversos participantes que atuam no grande jogo da relação corporativa, isto é, acionistas da empresa, adminis-

tradores, gestores, empregados e terceirizados. Como fazer, por exemplo, para que administradores, empregados e terceirizados desenvolvam os esforços necessários à maximização das utilidades dos acionistas?

É este, justamente, o pano de fundo do problema agente-principal, que trabalha com os seguintes elementos básicos: a) o **principal** – aquele que define as políticas, as metas da empresa e os incentivos; b) o **agente** – aquele que executa as atividades; c) as preferências de principal e agente não são necessariamente convergentes. Em suma, tem-se, de um lado, o principal, um agente racional que tem as suas próprias preferências e, de outro, o agente, um agente racional contratado para maximizar as preferências do principal, mas que também tem as suas próprias preferências. O problema agente-principal pode ser identificado em várias situações, como por exemplo, nas relações entre: médico e paciente, empregado e empregador, juiz e tribunal, etc.

No âmbito do problema agente-principal, a assimetria de informações implica em que o principal não consegue saber se o nível de comprometimento do agente é compatível com o grau de maximização de utilidade desejada, por isso o principal pode ser levado a fazer escolhas equivocadas, como a contratação de um empregado cujas preferências não são compatíveis com as suas. De outro lado, o agente, ciente de que o controle que o principal exerce é ineficiente, fica livre para buscar a satisfação das suas próprias utilidades.

Se, por exemplo, o principal tratar da mesma forma os empregados que se comprometem com a maximização das suas utilidades e os que agem em sentido contrário, justamente porque não consegue diferenciá-los, não haverá incentivos para que os primeiros se esforcem, ou seja, o nível de esforço e o comprometimento dos melhores empregados corresponderão ao mínimo necessário para não serem demitidos, e, assim, a mão de obra qualificada se perde. E mais, se, para o agente, é irrelevante alinhar, ou não, seu comportamento aos interesses do principal, a tendência é que o agente, após atingir o nível mínimo de esforço, passe a maximizar suas próprias utilidades, as quais podem, em alguma medida, ser incompatíveis com as utilidades maximizadas pelo principal.

Pois bem, feita esta breve revisão dos pressupostos metodológicos da economia neoclássica, a qual, vale destacar, ainda é considerada a

principal corrente da microeconomia, deve ser ressaltado que, para os fins do presente trabalho, duas ideias básicas devem ficar retidas. A primeira é a de que o agente racional não decide baseado apenas nas suas preferências. Além das preferências, leva em consideração os custos e os benefícios das escolhas disponíveis, sendo elas mutuamente excludentes em virtude da escassez dos recursos disponíveis.

Se isso for verdade, pode-se dizer, então, que a diminuição dos benefícios e o aumento dos custos, apesar de não alterarem as preferências, afetam as escolhas, uma vez que as pessoas reagem a incentivos. Assim, por exemplo, alguém que deseja viajar para passar o final de semana no Rio de Janeiro tende a levar em consideração o aumento do preço da passagem de avião, podendo, inclusive, deixar de fazer a viagem, não porque tenha deixado de gostar do Rio de Janeiro, mas porque a majoração dos custos diminui o benefício e eleva o custo de oportunidade. Custo de oportunidade está relacionado com o bem que o indivíduo deixa de acessar por haver escolhido um outro bem, lembrando que a escassez dos recursos inviabiliza o acesso simultâneo a ambos. É, portanto, o que o indivíduo perde, ou melhor, deixa de obter, por deixar de lado a segunda melhor opção disponível. No caso de quem opta por viajar ao Rio Janeiro, sem se levar em conta que o recurso escasso em questão é o tempo, o custo de oportunidade pode ser um jantar com a família, ou uma festa de aniversário de algum amigo, dedicar-se à dissertação de mestrado, etc.

A outra importante ideia é que os indivíduos não dispõem de todas as informações para realizarem suas escolhas, ou seja, as análises de custo e benefício são prejudicadas pelo problema da assimetria informacional, a qual pode ser minimizada, desde que os agentes incorram em custos para obterem mais e melhores informações. A mensalidade que os comerciantes pagam para acessar o cadastro do Serasa é um exemplo de custo em que se incorre para tentar obter mais e melhores informações sobre os compradores.

Como será visto no próximo tópico, a Nova Economia Institucional aprofunda as investigações sobre o problema da assimetria de informações e adiciona novos ingredientes às análises, como custo de transação e instituições, categorias a partir das quais, no presente trabalho, será examinada a importância do Poder Judiciário nos processos de troca e geração de riquezas.

1.2 A Teoria dos Custos de Transação (TCT)

A Teoria dos Custos de Transação surge a partir do descontentamento com os pressupostos neoclássicos, os quais teriam deixado as análises econômicas muito estáticas e distantes da realidade, a despeito da revisão quanto ao aspecto da simetria informacional e da autocrítica quanto ao funcionamento perfeito dos mercados. Os questionamentos e a evolução dos estudos levaram, então, à inserção de dois novos elementos, pela chamada Nova Economia Institucional, de suma importância para o presente trabalho, que são as ideias de custos de transação e de instituições.

A teoria dos custos de transação (TCT), viga-mestra da Nova Economia Institucional, tem uma trajetória marcada por quatro obras principais. A primeira delas é o artigo seminal de Ronald Coase, publicado na revista *Economica*, em 1937, intitulado *The nature of the firm*, em que a ideia de custo de transação, pela primeira vez, é tratada com destaque pela literatura. A segunda é o artigo *The problem of social cost*, também de Coase, publicado em 1960, no qual a estrutura jurídica é reconhecida como importante ferramenta para a alocação eficiente dos recursos. A terceira é *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*, livro de Oliver Williamson, publicado em 1975, em que o autor apresenta uma hipótese para explicar a presença dos custos de transação nas trocas comerciais. A quarta é *Institutions, institutional change and economic performance*, livro de Douglass North, publicado em 1992, no qual o autor ressalta o impacto negativo dos custos de transação sobre o desenvolvimento econômico e defende a importância das instituições como mecanismo de redução dos custos de transação.

A seguir, serão enunciadas as contribuições das referidas obras para a construção da Teoria dos Custos de Transação e o consequente desenvolvimento da Nova Economia Institucional. As categorias que serão apresentadas neste capítulo ajudarão a pensar o papel que o Direito e, em especial, o Poder Judiciário, devem exercer como facilitadores das trocas econômicas com potencial para geração de riquezas (análise normativa), bem como auxiliarão a identificar os equívocos que hoje são cometidos por estas instituições (análise positiva).

1.2.1 A Teoria dos Custos de Transação: o início com Ronald Coase

Em *The nature of the firm*, Coase (1937, p. 390-397) manifestou seu desconforto com a Teoria Neoclássica devido à carência de uma verdadeira Teoria da Firma. Além das perguntas de sempre (o que produzir? como produzir? para quem produzir? e quanto produzir?) as quais, em certa medida, podiam ser respondidas pela Teoria Neoclássica da Firma, Coase tinha outros questionamentos (Por que produzir? Por que as empresas existem? Por que recorrer ao mercado?), mas, para estas perguntas, a Teoria Neoclássica se mostrava insuficiente.

Segundo Klein, o que os economistas normalmente querem dizer com Teoria da Firma não é a Teoria da Firma como pessoa jurídica. Nos livros de economia, a firma é uma função de produção ou conjunto de possibilidades de produção, uma caixa-preta que transforma insumos em produtos. O tamanho da firma é normalmente explicado levando-se em conta, apenas, os custos de produção.

Apesar de criticar a insuficiência da Teoria da Firma, Coase (1937, p. 390-397) não rejeitava a Teoria Neoclássica como um todo, tanto que uma de suas preocupações era apresentar uma definição de empresa que fosse, não apenas realista, no sentido de corresponder ao que se entendia por empresa no mundo real, mas, também, operacionalizável pelos vigentes instrumentos da economia marginalista.

Assim, partindo da concepção neoclássica de que toda oferta se ajusta à demanda e a produção ao consumo, por um processo que é automático, elástico e sensível, Coase (IDEM) afirmou que o economista enxerga o sistema econômico como algo coordenado pelo mecanismo de preços (mercado). Mesmo a afetação dos fatores de produção entre seus distintos usos estaria determinada pelo mecanismo de preços.

Contudo, Coase (IDEM) ressaltou que há várias situações em que o mecanismo de preços não é aplicável ou determinante. Por exemplo, um empregado é removido de um determinado setor da empresa para outro, não porque houve mudança nos preços relativos¹, mas porque recebera

1 “Preços relativos: relação estabelecida entre diversos pares de preços importantes de uma eco-

uma ordem nesse sentido. Assim, fora da empresa, os movimentos de preços dirigem a produção, e esta é coordenada mediante uma série de transações de intercâmbio no mercado. Dentro da empresa, contudo, estas transações de mercado são eliminadas, e a complicação da estrutura mercadológica com transações de intercâmbio é substituída pelo empresário-coordenador que dirige a produção (hierarquia).

Portanto, para Coase (1937, p. 390-397), a principal justificativa para a criação de uma empresa é que existem custos para os agentes utilizarem o mecanismo de preços. O custo mais óbvio de organizar a produção mediante o mecanismo de preços é descobrir quais são os preços relevantes. Além disso, existem também os custos de negociar e concluir cada contrato. Por outro lado, quando alguém é proprietário do fator de produção, não é necessário firmar uma série de contratos para obter, via mercado, o que pode ser obtido recorrendo-se à estrutura empresarial.

Embora os economistas já reconhecessem a existência dos custos de transação, isto é, que não apenas o ato de produzir, mas também o ato de comprar e vender acarretava custos, supunha-se em geral que os custos associados às transações econômicas eram negligenciáveis, de tal forma que os únicos custos que realmente importavam eram os custos de produção. Ao economista, portanto, competia exclusivamente conhecer a relação matemática entre os insumos e o produto para, juntamente com o preço desses mesmos insumos e do produto final, calcular a quantidade a ser produzida que maximizaria o lucro da empresa, isto é, sua quantidade de equilíbrio. (FIANI, 2002, p. 267-286).

Como visto, na Teoria Neoclássica, a firma é representada como uma função de produção, uma unidade tecnológica de transformação de insumos em produtos. A partir de seus custos de produção e dos preços de mercado são derivadas as possibilidades para a alocação de recursos e expansão da firma. As decisões do negócio levam em conta essa relação marginal e os custos de oportunidade de cada opção de investimento. Entretanto, além das despesas e custos operacionais da atividade

nomia com a finalidade de observar sua variação no tempo. Por exemplo, os preços dos produtos agrícolas comparados com os industriais, os preços das exportações comparados com os das importações (relações de troca), os salários com os preços da cesta básica de consumo do trabalhador, etc." (SANDRONI, 2007.)

produtiva, inclusive de logística, e demais custos classificados como de produção, há custos para que sejam efetivadas as relações de troca entre os agentes econômicos, que são, justamente, os custos de transação (FILÁRTIGA, 2007, p. 121-144). Em suma, negociar contratos, fiscalizar a sua execução e impor o seu cumprimento forçado, tudo isso, tem custo.

O *insight* coaseano, portanto, pode ser resumido da seguinte forma: quanto maior for o prejuízo potencial associado à transação, maior será o estímulo para a firma evitar depender do mercado nas suas operações; nesse caso, pode ser mais vantajoso adquirir a unidade produtiva do fornecedor, integrando-a verticalmente para garantir o fluxo de insumos requerido para sua produção final mediante planejamento interno, do que depender do fornecimento por meio de compras e vendas, mesmo que o volume destas, prazos, qualidade do produto e outras características sejam especificadas por contrato. Isto porque, como será visto mais adiante, nem mesmo os contratos mais detalhados são suficientes para garantir segurança total para a firma no que diz respeito ao fornecimento de insumos vitais para suas atividades (BUENO, 2004, p. 361-420), devido aos problemas que decorrem da assimetria de informações entre os contratantes.

Portanto, sempre haverá custos para o agente recorrer ao mercado. Se eles forem superiores aos custos de organizar uma empresa, justifica-se a existência desta, em termos de eficiência. Na verdade, tanto os mercados quanto as firmas funcionam com custos positivos. A escolha do modo de organização, via mercado ou via hierarquia, depende da comparação entre alternativas de menor custo. (ZYLBERSTAJN; SZTAJN, 2005, p. 5)

Nesse sentido, Klein afirma que a decisão de organizar transações dentro da firma, em oposição ao mercado, ou seja, a decisão entre fazer ou comprar, depende dos custos relativos das trocas internas e externas. O mecanismo de mercado envolve certos custos: descobrir preços relevantes, negociar e impor contratos, etc. Dentro da firma, o empresário pode reduzir estes custos de transação por meio da coordenação destas atividades. Entretanto, a organização interna traz outros tipos de custos, em especial, problemas de fluxo de informação, incentivos, monitoramento e avaliação de performance. Em geral, todos modos possíveis de organização econômica impõem custos. A natureza da firma, portanto, é determinada pelos custos relativos de organizar transações sob arranjos institucionais alternativos.

Coase (1937, p. 390-397) também se propôs a abordar de forma científica os determinantes da expansão das empresas, o que fez com que ele invocasse a Teoria dos Custos Marginais de Produção. Em suma, defendeu que se o custo adicional de expandir a empresa for superior ao de recorrer ao mecanismo de preços, não se justifica a expansão. Ao contrário, se for inferior, a expansão é recomendada.

Mas Coase foi mais além na sua contribuição para a consolidação da Teoria dos Custos de Transação. Como será visto a seguir, ele foi o primeiro a identificar que a alocação eficiente dos recursos privados depende da estrutura institucional promovida pelo Estado, aspecto relevante para o presente trabalho.

1.2.2 A Teoria dos Custos de Transação: o Teorema de Coase

Em *The problem of social cost*, Coase (1960) inicia apresentando uma visão alternativa para o problema dos custos sociais das atividades produtivas, o qual, até então, era abordado pela lógica da internalização dos custos, tal como defendido por Arthur Pigou (1920), em *The economics of welfare*.

O exemplo inicial de Coase é o da fábrica que produz como resíduo uma fumaça tóxica prejudicial à saúde das pessoas que moram nas propriedades vizinhas. Trata-se, na verdade, de um problema de externalidade. Externalidades são os custos ou benefícios gerados a terceiros, em razão da atividade de um agente, os quais não são incorporados aos preços. Se gera custos aos terceiros, é chamado de externalidade negativa; se benefícios, externalidade positiva.

No caso da fábrica que emite gases poluentes afetando a saúde de pessoas que vivem nas propriedades vizinhas, a externalidade negativa gera custos que não são compartilhados pelos principais agentes da relação econômica (produtor e comprador), acarretando uma distorção no equilíbrio do mercado, pois a fábrica irá produzir mais do que é socialmente desejável e o consumidor irá consumir mais do que é socialmente desejável, gerando ineficiência e má alocação de recursos.

Segundo Coase (1960), pela abordagem pigouviana tradicional, a solução para o caso seria a responsabilização da fábrica pelos prejuízos

causados à comunidade vizinha ou a imposição de um tributo sobre a atividade da empresa, no montante do prejuízo causado. Na visão de Pigou, portanto, a internalização dos prejuízos com a incorporação do custo social ao preço do produto restabeleceria o equilíbrio do mercado, criando estímulo para a produção e o consumo eficientes.

A crítica de Coase (1960) à solução pigouviana parte do princípio de que o problema entre a fábrica e a comunidade vizinha é recíproco, ou seja, não apenas a fábrica prejudica o ar puro da comunidade vizinha, mas, também, esta prejudica o direito de a fábrica explorar uma atividade econômica. Vale dizer, portanto, que, se a fábrica pode gerar prejuízo à comunidade vizinha, esta também pode gerar prejuízo à fábrica. Supera-se, dessa forma, a visão unilateral do prejuízo, pressuposto da solução pigouviana.

Outros exemplos são citados por Coase em seu artigo: o caso do confeitiro que utilizava uma máquina barulhenta e atrapalhava o médico no consultório vizinho; o caso do gado que ultrapassava os limites da propriedade do seu dono e destruía a plantação vizinha; o do edifício que obstruía a circulação de ar e impedia o funcionamento de um moinho; o do edifício que criava sombra na área de piscina de um hotel; o do trem que produzia faísca e incendiava a plantação localizada em terrenos adjacentes à ferrovia, etc.

O argumento de Coase é no sentido de que a internalização dos custos, via responsabilização ou tributação da atividade produtiva não é, necessariamente, a solução mais eficiente para o problema dos custos sociais. De acordo com o autor, a solução mais eficiente pode ser encontrada se as partes puderem negociar a realocação dos direitos.

Assim, por exemplo, no caso da fábrica que emite fumaça com resíduos tóxicos, imaginando que o prejuízo se restringe a uma específica comunidade, pode-se pensar que as possíveis soluções alternativas para o problema seriam: a) a fábrica instalar um filtro nas chaminés, ou b) a fábrica pagar a comunidade para que ela, voluntariamente, se desloque para outra região.

Pois bem, se a atividade produtiva da fábrica gera um lucro de R\$ 500,00 e danos de R\$ 200,00 para a comunidade vizinha, em princípio, qualquer solução que elimine os custos sociais, e custe menos do que

R\$ 200,00, é preferível à responsabilização ou tributação da fábrica (solução pigouviana). Mas não é só isso; dentro das alternativas com custo abaixo de R\$ 200,00, pode existir, ainda, aquela que promova o mesmo resultado com menor custo do que a outra.

É o caso, por exemplo, se o custo de instalar o filtro for R\$ 30,00, e o de pagar a comunidade para ela se instalar em outra região, com as mesmas condições e comodidades da anterior, for de R\$ 150,00. Não há dúvidas de que a solução mais eficiente é a primeira.

Portanto, se as partes envolvidas puderem negociar a realocação dos direitos, o mesmo objetivo pigouviano, que é evitar o custo social para a comunidade vizinha, pode ser obtido a um custo bem menor do que a responsabilização da fábrica ou tributação da atividade produtiva. Nesse caso, não apenas a eficiência será obtida, como todas as partes ficarão satisfeitas com o resultado, porque o ajuste final foi obtido de forma voluntária.

A consequência deste raciocínio é que, se as partes puderem negociar livremente, a alocação inicial dos direitos (direito ao ar puro da comunidade x direito de produção da fábrica) torna-se irrelevante, pois a solução mais eficiente e desejável para todas as partes envolvidas sempre poderá ser obtida mediante negociação. Basta que os direitos estejam claramente definidos pelo Estado e que os contratos sejam respeitados. É o que passou a ser conhecido como *Teorema de Coase*, ou seja, em um mundo em que as partes possam negociar livremente a realocação dos direitos, sem custos de transação, a alocação inicial, promovida pelo Estado, passa a ser irrelevante para fins de alocação eficiente. Segundo Coase (1960), portanto, a solução mais eficiente sobre a alocação dos direitos somente poderá ser alcançada livremente se não houver custos para as partes negociarem (custos de transação).

O problema que surge, contudo, é que para realizar uma transação é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual se deseja negociar, informar as pessoas sobre a disposição de negociar e as condições da oferta, barganhar, elaborar um contrato, acompanhar a execução do contrato, e assim por diante (COASE, 1960). Todas estas operações são extremamente custosas e podem ser custosas o suficiente a ponto de impedir a transação que tenderia a ser efetivada em um mundo em que o mercado funcionasse sem custos.

Pois bem, considerando que a ausência total de custos de transação não é uma realidade, desde já, três importantes observações podem ser feitas, com enormes implicações para o Direito e seus operadores:

a) em um mundo com custos de transação a alocação inicial dos direitos é relevante;

b) como a definição inicial da alocação mais eficiente dos direitos depende do conhecimento de inúmeras variáveis, é praticamente impossível saber, de início, qual alocação é a mais eficiente (assimetria de informações), até porque ela pode variar, caso a caso, e no tempo;

c) relevante papel a ser desempenhado pelo Estado passa a ser a criação de mecanismos que facilitem a realocação dos direitos, por meio da redução dos custos de transação. Esta ideia será mais explorada adiante, a partir da visão de Douglass North sobre o papel das instituições, e guiará o presente trabalho na identificação da função do Poder Judiciário no processo de geração de riquezas.

Contudo, para enfrentar os custos de transação é preciso conhecer as suas causas, e Coase não se dedicou com afinco a esta tarefa. Foi Oliver Williamson, como será visto a seguir, quem primeiro ofereceu uma explicação para os custos de transação, como surgem, porque surgem, e quais as consequências para as relações contratuais e a organização das empresas, entre outros aspectos.

1.2.3 A Teoria dos Custos de Transação: a contribuição de Oliver Williamson

Williamson (2005) também se mostrou insatisfeito com a Teoria Ortodoxa da Firma, porquanto o seu funcionamento interno e de outros modos de organização sempre foram negligenciados. A atenção dos neoclássicos, segundo o autor, está centrada na oferta e na demanda, nos preços e na produção. Tudo funciona bem dentro do alcance da teoria, mas, como interpretar as formas contratuais de produção? E o que pode resultar se a teoria ortodoxa for utilizada para desenhar políticas públicas, ou para lidar com problemas e anomalias dos mercados e das organizações?

Assim, em *Markets and hierarchies*, Williamson (PESSALI, 1999, p. 41-65) apresenta a ideia básica do modelo econômico que estava por desenvol-

ver: mercados e hierarquias são formas alternativas de organizar a produção capitalista, estando o tamanho da firma limitado à sua capacidade, não só de produzir um bem com menores custos que aqueles incorridos na produção atomizada no mercado, mas de ter menores custos, somados, de produção e transação. Assim, o conjunto de características das transações passa a ser visto como principal determinante da forma de organização da produção do bem ou serviço envolvido.

Na tentativa de justificar os movimentos de integração das empresas, os quais, segundo sua hipótese principal, teriam por objetivo o ganho de eficiência, e não necessariamente o controle do mercado relevante, Williamson defendeu uma outra hipótese para explicar a existência dos custos de transação. De acordo com o autor, os custos de transação estão relacionados a dois aspectos, que são a racionalidade limitada dos agentes (*bounded rationality*), chamada de pressuposto comportamental (WILLIAMSON, 1996, p. 55), e a especificidade dos ativos envolvidos nas negociações (*asset specificity*).

A racionalidade limitada é uma condição descrita por Herbert Simon (1986), e explorada por Williamson, em que o indivíduo tem um comportamento intencionalmente racional, mas apenas de forma limitada. Os agentes pretendem ser racionais, no sentido maximizador, mas só conseguem sê-lo parcialmente, posto que sua capacidade cognitiva e seu tempo para tomar decisões são limitados (PESSALI, 1999, p. 41-65). Tal abordagem permite compreender que mesmo o erro individual pode ser a mais elementar consequência de um comportamento racional. Dessa forma, um procedimento racional de decisão pode conduzir a um resultado subótimo, até mesmo contrário ao objetivo buscado, quando a informação que fundamenta a decisão é imperfeita. (GÉNÉREUX, 2006, p. 22). Esta é a primeira mudança em relação à economia neoclássica, que, como visto anteriormente, considera os agentes racionais aptos a conseguirem e processarem todas as informações necessárias para produzirem suas escolhas de forma eficiente.

Tenha-se, por exemplo, a situação do indivíduo que compra um imóvel rural com o objetivo de desenvolver alguma cultura em toda a extensão da propriedade, mas é surpreendido pela ordem de uma autoridade pública que impõe sobre o imóvel uma servidão de passagem. O ex-pro-

prietário do bem, que já conhecia a intenção da autoridade, porque recebera a visita de agentes públicos interessados em promover medições na propriedade, preferiu omitir este detalhe, com receio de que a transação não se concretizasse. Como é impossível obter todas as informações necessárias, diz-se que a racionalidade do agente é limitada, porque a intenção de maximização da utilidade está limitada pela incapacidade de conhecer todos os riscos e custos envolvidos em uma escolha.

Como consequência desta racionalidade limitada, todos os contratos complexos serão inevitavelmente incompletos (WILLIAMSON, 2005) e as partes sempre estarão mais ou menos expostas a algum tipo de risco. Risco de inadimplência da outra parte, de o bem adquirido não satisfazer às expectativas quantitativas e qualitativas, de o investimento não dar retorno financeiro, etc. Quão expostas aos riscos vai depender da capacidade de as partes preverem tais situações e da capacidade de desenharem salvaguardas contratuais eficazes, sendo certo que, por maior que seja a capacidade das partes, elas jamais estarão plenamente seguras ou livres de quaisquer riscos, fora o fato de que a tentativa de minimizar os riscos decorrentes da falta de informação gera custos para as partes interessadas.

Além da característica comportamental dos agentes, são de suma importância para o arranjo contratual as características do objeto do contrato, o que Williamson (1996, p. 55) chama de “especificidade dos ativos”. A especificidade, na verdade, está associada à maior ou menor dificuldade para que o ativo seja reempregado em usos alternativos, sem perder o seu valor. O argumento de Williamson é no sentido de que o agente que investe em ativos específicos figura em posição de fragilidade em relação à outra parte do contrato.

Para melhor compreensão deste ponto, tenha-se em mente dois exemplos:

Exemplo 1: de um lado, a empresa A que está construindo um avião ultramoderno e precisa de uma turbina com determinadas características não existentes no mercado, e, de outro, a empresa B, contratada para projetar e construir a tal turbina. Se, após a construção da turbina, a empresa A quiser renegociar o valor do contrato, a empresa B estará em posição desfavorável para negar a renegociação e, provavelmente, terá que ceder, surgindo o que se convencionou chamar de problema do refém (*hold up*). A explicação é sim-

ples: o bem produzido pela empresa B não possui possibilidades alternativas de aplicação, em virtude da sua especificidade, ou seja, a empresa não conseguirá outro comprador, porque a turbina só serve para um determinado modelo de avião que é construído por uma única empresa, o que a deixa em posição extremamente vulnerável na relação contratual, uma vez que a empresa A também detém esta informação e é um agente maximizador de utilidades que fará todo o possível para pagar menos pelo bem desejado.

Exemplo 2: de um lado, a empresa C que está instalando um escritório de representação comercial e deseja adquirir computadores e, de outro, a empresa D, contratada para fornecer os computadores. Nesse caso, em princípio, salvo algum outro aspecto aqui desconsiderado, não se pode falar em posição privilegiada de C, uma vez que, mesmo que o contrato venha a ser rescindido, a empresa D poderá facilmente realocar os computadores em outra negociação.

É visível, portanto, que a diferença de complexidade entre as duas situações exige cláusulas contratuais diferenciadas, o que torna a negociação, a execução e o monitoramento do comportamento das partes, no primeiro exemplo, muito mais custosa do que no segundo exemplo. Será necessário contratar advogados para elaborar um minucioso contrato com cláusulas de salvaguarda; estabelecer mecanismos de monitoramento da execução contratual, além de recorrer ao Poder Judiciário, ou outro mecanismo de solução de controvérsias, se o contrato não for cumprido espontaneamente.

O problema que surge quando agentes econômicos, limitados em sua racionalidade, investem em ativos específicos, é que eles ficam sujeitos a comportamentos oportunistas por parte dos outros contratantes. Pode ser o proprietário do imóvel que omite do comprador a informação acerca do interesse da administração pública na imposição de servidão administrativa; o comprador da turbina que explora a condição de único comprador possível do bem para impor a renegociação do valor do contrato, etc.

O comportamento oportunista, dessa forma, está associado à manipulação de assimetrias de informação, visando a apropriação de lucros. Por comportamento oportunista deve-se entender, portanto, a transmissão de informação seletiva, distorcida e promessas “autodesacreditadas” (*self-disbelieved*) sobre o comportamento futuro do próprio agente, isto é, o agente em questão estabelece compromissos que ele mesmo sabe, a prio-

ri, que não irá cumprir. Como não se pode distinguir *ex ante* a sinceridade dos agentes, surgem os problemas na execução e renovação dos contratos. (FIANI, 2002, p. 267-286).

Com efeito, torna-se necessário averiguar, *ex ante*, em que nível as partes envolvidas em uma relação contratual estão mesmo dispostas a fazer exatamente aquilo com o que se dizem comprometidas, além de desenvolver mecanismos *ex post* de monitoramento da execução do contrato. Tudo isso onera as relações econômicas com os chamados custos de transação.

Custos de transação, portanto, abrangem:

- os custos que as partes envolvidas em uma negociação incorrem para definir e quantificar os atributos do bem ou serviço que é objeto da troca, bem como os direitos de cada uma das partes sobre tais atributos;
- os custos para desenhar e implementar mecanismos de monitoramento da execução contratual e, por fim,
- os custos de ter que recorrer a uma instância independente para resolver as controvérsias que surgirem. Neste caso, devem ser contabilizados os custos da prestação do serviço, os custos com o tempo perdido, além do risco de o direito do contratante ser desrespeitado pela própria instância que irá decidir a controvérsia.

Pois bem, a partir das ideias aqui expostas, os estudiosos da Teoria dos Custos de Transação defendem que as integrações verticais não estariam necessariamente vinculadas à intenção de diminuir a concorrência no mercado, podendo objetivar a diminuição dos custos de transação, ou seja, os custos de recorrer ao mercado. Williamson argumenta, ainda, que, nos anos transcorridos entre o caso Schwinn (1967) e o caso GTE-Sylvania (1977), os economistas começaram a incorporar as considerações sobre custos de transação às suas análises sobre restrições verticais. Esta mudança no ambiente intelectual teria se refletido na alteração do entendimento jurisprudencial sobre o tema, pois, ao examinar o caso GTE-Sylvania, a Suprema Corte Americana reviu posicionamento anterior, manifestado no julgamento do caso Schwinn, no sentido de que restrições verticais seriam necessariamente anticompetitivas. (WILLIAMSON, 1985).

Assim, quando for tomar a decisão entre horizontalizar (mercado) e verticalizar (hierarquia) a aquisição de insumos, o agente econômico irá comparar as duas situações, nos seguintes termos: recorrer ao mercado

oferece a vantagem do preço compatível com a economia de escala, porém, impõe custos de transação; por outro lado, produzir o próprio insumo afasta, de imediato, os benefícios da economia de escala e coloca o empresário diante do problema agente-principal, mas, em compensação, liberta-o dos custos de transação.

Em síntese, ao contrário do que pressuposto pelos neoclássicos, não é tão simples transacionar no mercado. Os indivíduos encontram-se limitados em sua capacidade cognitiva e, portanto, situações em que a assimetria informacional e a especificidade dos ativos forem agudas poderão inviabilizar as transações se os custos incorridos para superar os problemas que surgem, associados aos custos de produção, superarem os benefícios.

A intensidade dos custos de transação, portanto, poderá definir se um determinado bem ou serviço será, ou não, posto à disposição da sociedade, por meio do mercado. Tudo vai depender da capacidade de as partes construírem salvaguardas contratuais eficazes e da atuação das instâncias competentes para fazerem cumprir os contratos e protegerem a integridade dos bens e serviços da interferência danosa de terceiros estranhos à relação contratual.

Assim, por exemplo, o serviço de canal de televisão fechado somente será oferecido se as partes cumprirem suas obrigações e uma instância independente for capaz de impor as sanções contratuais para as hipóteses de inadimplemento. Além disso, é preciso que estruturas organizadas sejam capazes de impedir o acesso ao sinal por parte daqueles que não contrataram com a empresa (os chamados “gatos”). Se assim não for, o serviço se tornará extremamente oneroso para a empresa e o preço impraticável para os usuários, levando à supressão do serviço.

Para resumir este tópico, os conceitos básicos, até aqui delineados, foram racionalidade limitada, especificidade dos ativos, comportamento oportunista e custos de transação, com a seguinte relação de causalidade entre eles: racionalidade limitada e especificidade dos ativos induzem comportamentos oportunistas, os quais, para serem evitados, minimizados ou superados, geram custos de transação que dificultam as trocas por torná-las mais onerosas ou, no mínimo, diminuem a riqueza gerada com a troca. A ideia é a seguinte: para tentar minimizar os efeitos da racionalidade limitada, da especificidade dos ativos e do comportamento oportunista as

partes terão que se empenhar na elaboração de contratos mais complexos e minuciosos, o que toma tempo e dinheiro, fora o fato de que o descumprimento do contrato pode ensejar recurso a uma instância de solução de controvérsias, cujo resultado, ao menos no Brasil, não é previsível.

É este, justamente, o ponto central do presente trabalho, ou seja, como deve se portar o Poder Judiciário, como instância de solução de controvérsias entre as partes que celebram um contrato, para não gerar custos de transação, ou gerar o mínimo possível? A resposta a esta pergunta elucidará o que se defende, no presente trabalho, como a função do Poder Judiciário no processo de crescimento econômico.

Antes, porém, o tópico seguinte examinará, de forma mais genérica, a importância das instituições como mecanismos de redução dos custos de transação, em especial, para a configuração de um ambiente seguro de trocas pessoais.

1.3 A nova economia institucional e o papel das instituições segundo Douglass North

De acordo com Douglass North (2008, p. 11), a Teoria Neoclássica está baseada nos pressupostos fundamentais da escassez e da competição por recursos escassos. Assim, suas harmoniosas implicações derivam dos pressupostos sobre ausência de atrito nos processos de troca, nos quais os direitos de propriedade são perfeitamente especificados, bem como, que a informação necessária para a realização das trocas é obtida sem qualquer custo. Vale dizer, não há custo de transação.

Contudo, os custos totais de produção consistem nos fatores envolvidos na transformação física dos atributos do bem e na transação (definir, proteger e impor os direitos de propriedade). Assim, uma vez que se reconheça que os custos de produção são o resultado da soma dos custos de transformação com os custos de transação, faz-se necessária uma revisão da Teoria Neoclássica. (NORTH, 2008, p. 28).

Assim, embora os pressupostos da escassez e da competição sejam robustos, os demais pressupostos neoclássicos são frágeis. Por isso, nos últimos trinta anos, outros economistas e cientistas sociais têm tentado modificar e refinar o modelo neoclássico para verificar o que foi esqueci-

do. Na visão de North, o que está sendo esquecido é a natureza da coordenação e cooperação humanas. (IDEM, p. 11).

North (IDEM, p. 12) lembra que os problemas de cooperação foram explorados pelos neoclássicos, a partir da Teoria dos Jogos, segundo a qual, para o indivíduo maximizador de riquezas, vale a pena cooperar com os outros jogadores quando o jogo é repetido, quando possuírem informação completa sobre a performance passada dos outros jogadores, e quando houver um pequeno número de jogadores. A explicação neoclássica é que a competição no mercado eliminaria a assimetria de informações que premia o comportamento não cooperativo e, dessa forma, as transações poderiam ocorrer sem custos.

Entretanto, a cooperação é difícil de ser sustentada quando o jogo não é repetido, quando há ausência de informação sobre os outros jogadores, e quando há um grande número de jogadores, sendo estas justamente as características da vida real que estão por trás das trocas impessoais. Assim, embora a Teoria dos Jogos demonstre os ganhos da cooperação e da não cooperação em vários contextos, ela não fornece uma Teoria dos Custos de Transação e não explica como estes custos são alterados por diferentes estruturas institucionais, sendo justamente estes os objetos principais das análises neoinstitucionais. (NORTH, 2008, p. 15).

Com efeito, mesmo enfrentando o problema da cooperação, a Teoria dos Jogos permanece no mundo coaseano, no qual as alocações eficientes serão atingidas, independentemente dos arranjos institucionais originais que promovem as alocações dos direitos, desde que não haja custos de transação. Mas, como no mundo real os custos de transação estão sempre presentes, a consequência é que o arranjo institucional inicial é relevante, como defende North.

A partir daí, o autor desenvolve sua teoria sobre o importante papel que as instituições desempenham por promoverem a alocação inicial dos direitos, bem como, por poderem facilitar ou dificultar a realocação eficiente dos direitos, mediante a redução ou aumento dos custos de transação.

É interessante notar que os economistas neoclássicos nunca afirmaram que as instituições não eram importantes para explicar os processos econômicos. O que eles dizem é que instituições ineficientes, em ambiente de concorrência perfeita, tendem a ser eliminadas com o tempo, e, sendo assim, não é preciso se preocupar com elas, porque somente as instituições eficientes permanecerão, após um processo de seleção natural. (NORTH, 2008, p. 7).

Mas, afinal, o que são as instituições, e para que servem? Segundo North (2006, p. 9-19), o conceito de instituição abrange qualquer forma de restrição que o ser humano cria para moldar as interações. Elas podem se apresentar como regras formais (leis, códigos, constituições) ou limitações informais (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta auto-impostos). Além disso, consideram-se instituições os mecanismos responsáveis pela eficácia desses dois tipos de normas, como o Poder Judiciário, que é o responsável por fazer cumprir as leis. Em suma, as instituições são criadas pelos próprios indivíduos para limitar e definir o seu conjunto de escolhas, e incluem, segundo Klein, o que os indivíduos estão proibidos de fazer e sob que condições alguns indivíduos são autorizados a empreender certas atividades.

North (2008) defende que o arcabouço institucional eficiente seria capaz de reduzir os custos das transações, por atenuar o problema da incerteza e facilitar a coordenação entre agentes e organizações, na medida em que, ao impor restrições (custos), as instituições limitariam o conjunto de escolhas socialmente indesejáveis dos indivíduos. A ideia é, quando os custos para os indivíduos agirem segundo suas próprias preferências e valores forem baixos eles se engajarão nas escolhas correspondentes; mas, quando os custos forem altos, eles deixarão as escolhas correspondentes de lado. É claro que, para surtir o efeito esperado o custo deve ser superior ao benefício extraído da escolha socialmente indesejável.

Avançando na sua abordagem, North (2008, p. 34) enxergou nos custos de transação uma das razões pelas quais alguns países são mais desenvolvidos do que outros. O autor surpreende ao relacionar o desenvolvimento econômico das nações à capacidade de construir instituições eficazes no combate aos custos de transação. Nesse sentido, quanto maior a aptidão para criar instituições capazes de reduzir os custos de transação, maiores serão as condições favoráveis ao desenvolvimento econômico.

Com este mesmo pensamento, Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 6) afirmam que, se a sociedade for capaz de criar instituições que reduzam os custos das transações, então, os indivíduos se engajarão em negociações para resolver os problemas alocativos dos direitos.

A lógica northiana para a geração de riquezas, portanto, é a seguinte: divisão do trabalho e especialização da mão de obra, condições neces-

sárias para a troca em larga escala e a geração de riquezas, requerem a expansão do mercado, porém, um mercado expandido leva ao aumento da incerteza e da desconfiança entre os agentes pelo receio de condutas oportunistas, típicas das relações impessoais. Assim, na ausência de instituições capazes de diminuir os custos que as partes terão que incorrer para se precaverem e enfrentarem os comportamentos oportunistas, as trocas mais relevantes para a geração de riquezas deixarão de ocorrer, limitando-se os indivíduos a transacionarem com pessoas inseridas em um círculo reduzido de confiança. Outro problema é que as empresas deixarão de inovar com medo de que a transação envolvendo um produto estranho ao mercado não possa ser suficientemente protegida.

Pela abordagem neoinstitucionalista, portanto, o desenvolvimento econômico não é mais considerado como um gradual e inevitável processo de transformação rumo à especialização e divisão da mão de obra. Ao contrário, o desenvolvimento é visto como uma reação à evolução das instituições que dão suporte às relações sociais e comerciais. Nessa linha de raciocínio, o crescimento econômico depende do grau em que riscos potenciais do comércio podem ser controlados pelas instituições, as quais reduzam os custos de informação, estimulem a formação do capital e sua mobilidade, permitam que os riscos sejam compartilhados, além de facilitarem a cooperação. (KLEIN).

A ideia, portanto, é que as instituições corretas podem superar ou, no mínimo, reduzir o problema da desconfiança entre os agentes econômicos, gerado pelo medo de que os direitos de propriedade e os contratos não sejam respeitados, criando, assim, um ambiente favorável para as trocas. Como, de regra, os agentes não confiam uns nos outros, eles somente se engajarão em trocas impessoais se puderem confiar nas instituições que estruturam as trocas.

Em suma, para que a cooperação inerente ao funcionamento de uma economia de mercado possa ocorrer de forma sistemática, os indivíduos precisam confiar naqueles com os quais estão negociando, mas, na falta desta confiança, situação que representa a grande maioria dos casos, terão que confiar nas instituições que induzem ou restringem o comportamento individual em favor da cooperação (BUENO, 2004, p. 361-420). Portanto, se a regulamentação de trocas em uma economia capitalista fosse deixada livremente a cargo de normas sociais, sem normas e instituições formais que as sustentasse, um número menor de trocas ocorreria devido ao pro-

blema da falta de confiança mútua (ANÁLISE..., 2010).

É interessante verificar que, apesar de a teorização sobre a importância das instituições no processo de troca ser relativamente nova, a aplicação desta ideia é antiga, principalmente no que diz respeito às instituições informais. Vários são os exemplos.

Greif (1989, p. 857-882) demonstrou que os comerciantes judeus do século XI superavam o problema da desconfiança mediante a aplicação de um código de conduta, usando a ameaça do ostracismo como mecanismo disciplinar. Wilson (1980, p. 491-504) conduziu um estudo sobre o mercado de peixe fresco da Nova Inglaterra e descobriu que por trás do funcionamento daquele mercado estava um sistema de dependência mútua criado pelos arranjos contratuais, baseado na reputação dos comerciantes. Brinig (1990, p. 203-215) buscou resposta na estrutura institucional para explicar o repentino aumento da demanda por anéis de diamante, a partir de 1930. A explicação, segundo ela, está relacionada à extinção, em muitos estados americanos, da ação por quebra de compromisso de casamento, ocorrida na mesma época. Como a ação foi extinta, tornou-se necessário criar outro mecanismo para garantir a credibilidade do compromisso de casamento. O anel de noivado foi o mecanismo encontrado para salvaguardar o investimento específico da futura noiva. É dizer, em troca da sua boa reputação, ela recebia uma joia preciosa para garantir que o compromisso não seria desfeito e sua honra abalada.

Ao caminhar para o fim deste tópico, é importante esclarecer a diferença entre as abordagens de Williamson e North. Ambos focaram os custos de transação, contudo, enquanto o primeiro está preocupado em enfrentar os custos de transação com arranjos organizacionais (estruturas de governança); o segundo defende que os custos de transação podem ser amenizados por instituições eficientes. Por isso, parte da literatura neoinstitucionalista foca o **ambiente institucional**, buscando entender sua influência sobre, de um lado, o desempenho econômico e, de outro, o comportamento dos agentes econômicos. Os trabalhos de Douglass North, por exemplo, adotam primordialmente essa perspectiva. Há, porém, outro conjunto de trabalhos, entre os quais se destacam os de Ronald Coase

e Oliver Williamson², cujo foco recai sobre os **arranjos institucionais** criados pelos próprios agentes econômicos para estruturar suas relações a fim de economizar em custos de transação. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 63).

O foco do presente trabalho está no ambiente institucional composto pelas instituições formais e pelos mecanismos de coerção (*enforcement*), portanto, mais ligado às ideias de Douglass North, que considera a matriz institucional como uma estrutura de incentivos capaz de reduzir custos de transação e, conseqüentemente, afetar as escolhas dos indivíduos.

Assim, retomando os pressupostos neoclássicos do comportamento dos indivíduos – dos quais North não se desfez, apesar de defender algumas modificações – no sentido de que os indivíduos pesam os custos e benefícios das suas escolhas, e reagem a incentivos, as instituições corretas serão capazes de impor custos aos indivíduos que queiram agir de forma oportunista, reduzindo, dessa forma, os custos das transações, ou, em última análise, superando o problema da falta de confiança, própria dos mercados impessoais.

A ideia central deste tópico é que, se houver instituições que protejam os contratos, tal como eles foram elaborados, e imponham custos para os comportamentos oportunistas, a tendência é que os indivíduos se sintam seguros para produzir, trocar e inovar, mesmo no contexto das relações impessoais.

Nesse sentido, segundo Fiani (2003, p. 135-149), os ganhos derivados das trocas estão diretamente relacionados à definição e garantia dos múltiplos atributos que compõem os direitos de propriedade. Quanto mais bem definidos e mais garantidos forem esses direitos, mais eficientes serão as instituições como sistema de incentivos ao desenvolvimento econômico das nações.

Para tanto, de acordo com Alston e Mueller (2003), cabe ao Estado o papel de assegurar os direitos de propriedade, em três sentidos: definir, interpretar e impor. Por isso, a partir de agora, no presente trabalho, o Direito será abordado como instituição que pode influir no custo das transações e no desenvolvimento econômico, e o Poder Judiciário como mecanismo institucional responsável pela aplicação do Direito, o que também lhe coloca na posição de influir nos custos das transações e no processo de geração de riquezas individuais e coletivas.

2 Sabe-se, hoje, que ambas as abordagens foram academicamente reconhecidas. North recebeu o nobel de economia em 1993, e Williamson, em 2009; além, é claro, de Coase, agraciado em 1991.

2 Estado de Direito, Poder Judiciário e crescimento econômico

A partir deste ponto, os conceitos e noções expostos serão aplicados para a análise de questões inerentes ao universo do Direito, é claro, mantendo-se a perspectiva da influência das instituições jurídicas no processo de geração de riquezas. Buscar-se-á identificar, a partir do referencial teórico apresentado, qual deve ser o papel do Poder Judiciário no processo de geração de riquezas para a sociedade, com especial ênfase para a atuação dos juízes ao decidirem questões de inadimplemento contratual (análise normativa). De outro lado, será mostrado como o Poder Judiciário tem atuado em tais questões e quais as consequências para o processo de crescimento econômico (análise positiva).

Antes, porém, é necessário um breve esclarecimento sobre a função do contrato como instrumento de geração de riquezas. Como e por que isso acontece?

2.1 O contrato como instrumento de geração de riquezas individuais e coletivas

Dentre as formas de realocação dos direitos, a que interessa no presente momento é o contrato, não apenas por ser um instrumento de troca entre agentes, mas, principalmente, pelo seu potencial para gerar riquezas para a sociedade como um todo, além, é claro, de beneficiar as

partes diretamente envolvidas na transação.

Como elemento fundamental das relações econômicas cotidianas, o contrato demorou para ser incorporado às análises econômicas.

A explicação para tal fenômeno, segundo Zylbersztajn, Sztajn e Azevedo (2005), está nos pressupostos em que se assentava a teoria econômica mais influente. Em seus modelos abstratos, como já foi visto no início deste trabalho, a economia neoclássica supunha que as interações econômicas se davam entre pessoas com capacidade cognitiva ilimitada e que dispunham de toda a informação relevante, a custo zero. Além disso, assumia-se que o sistema judicial poderia ser acessado, igualmente, sem custos, de tal forma que os contratos seriam efetivamente cumpridos. Contudo, a simples consideração de que uma parte no contrato pode possuir informações que a outra parte não possui, ou que somente pode obter com custos consideráveis (assimetria de informações), foi suficiente para que os contratos ganhassem importância, como instrumento de partilha de riscos e conseqüente fator de desempenho econômico.

Sob esta nova perspectiva, setores do pensamento econômico não ortodoxo passam a enxergar o contrato como instrumento de gerenciamento de assimetrias e geração de riquezas (benefícios), não apenas para as partes envolvidas, mas para a coletividade. É claro que, quanto maior o custo de transação incorrido pelas partes no intuito de minimizar os efeitos da assimetria de informações, menores serão as riquezas geradas.

Mas, afinal, de que forma as trocas geram riquezas, ou, como os contratos geram riquezas? A resposta é relativamente simples. Se as partes contratam, e não houve vício na manifestação de vontade, então, é possível supor que, para todas as partes, o contrato é vantajoso, em termos de custos e benefícios, pois, se não o fosse, como agentes racionais que são, não o teriam celebrado. E mais, se é vantajoso para todas as partes diretamente envolvidas, também o será para a coletividade, desde que não haja externalidades negativas, ou melhor, desde que os custos sociais gerados com as externalidades não superem os benefícios obtidos com a troca.

Por exemplo: o proprietário de um carro somente concordará em vendê-lo se o comprador pagar um preço superior ao que o proprietário acha que ele vale. Por sua vez, o comprador pagará o preço pedido pelo proprietário se ele achar que o carro vale mais do que o preço pedido. É importante

ficar claro que o sentido de valor não é monetário, mas, sim, o de utilidade.

Portanto, se ambos possuem mais do que possuíam, em termos de utilidade, após a celebração do contrato, então, é possível afirmar que a transação gerou riqueza para todos os envolvidos diretamente e para a sociedade. O bem sai das mãos de um indivíduo que o valoriza em 50 para as mãos de outro que o valoriza em 60. Quer-se, com isso, dizer que a troca voluntária gera riquezas para as partes diretamente envolvidas e para a coletividade. Assim, do ponto de vista econômico, é interessante que contratos com estas características sejam protegidos.

Aliás, é importante salientar os benefícios coletivos da cooperação entre os contratantes, ou seja, que a cooperação é a melhor opção se o objetivo é a geração de riquezas para a sociedade. Nessa trilha, a cooperação voluntariamente obtida deve ser juridicamente protegida em prol da coletividade, como será demonstrado no exemplo a seguir.

Considerando que um indivíduo quer comprar um bem que está à venda por 20, custou 15 para ser produzido por um marceneiro, e que ele – o comprador – valoriza em 25. Existem, a grosso modo, quatro situações que podem ser identificadas:

	PRODUZ	NÃO PRODUZ
Paga	A) 5 m; 5 comp; 10 col	B) 20 m; -20 comp; 0 col
Não Paga	C) -15 m; 25 comp; 10 col	D) 0 m; 0 comp; 0 col

Legenda: m - riqueza gerada para o marceneiro; comp - riqueza gerada para o comprador; col - riqueza gerada para a coletividade

A primeira situação (A), em que as partes cooperam e cumprem as suas obrigações contratuais e, por isso, obviamente incorrem em custos, cada uma ganha 5 e a riqueza total gerada é de 10. Na segunda hipótese (B), em que uma das partes não cumpre com as suas obrigações, o ganho individual para o marceneiro é maior do que na primeira hipótese em que houve cooperação, porém, o ganho coletivo é nulo. Além disso, existe um outro aspecto importante que precisa ser considerado. Apesar de o marceneiro ter ganho com este contrato (primeira rodada), ele deixará de celebrar novos contratos com aquele mesmo comprador ou outros compradores (rodadas futuras), ou seja, riquezas deixarão de ser geradas

por conta do comportamento oportunista do marceneiro. Quem tiver conhecimento do comportamento oportunista do marceneiro não escolherá transacionar com ele, ou, se o fizer, terá que impor uma série de salvaguardas onerando excessivamente a transação com repercussão negativa na geração de riquezas.

O mesmo ocorre na terceira hipótese (C), ou seja, o comprador ganha a custo zero um bem que ele valoriza em 25, mas que teve um custo de 15 para ser confeccionado pelo marceneiro, que não recebeu nada pelo serviço. Apesar do ganho individual para o comprador de 25 e para a coletividade de 10, outros contratos deixarão de ser celebrados.

Por isso, é socialmente desejável que as partes de um contrato particular cumpram suas obrigações, não apenas pensando na rodada presente, mas, também, nas rodadas futuras, principalmente, porque rodadas futuras entre as mesmas partes tendem a diminuir o custo das transações, tendo em vista que o vínculo de confiança se fortalece e, se o custo da transação diminui, maiores serão as riquezas geradas.

O contrato desempenha, assim, a função de reduzir e, principalmente, alocar e distribuir riscos entre as partes. Todo este aparato cria um estado de equilíbrio favorável às trocas por gerar nas partes a expectativa de que as obrigações serão cumpridas, os direitos observados e as possibilidades de comportamentos oportunistas minimizados.

O contrato, na verdade, nada mais é do que um ajuste entre direitos, obrigações e sanções recíprocas, por meio do qual os riscos inerentes a qualquer transação são partilhados entre as partes contratantes. Segundo Pinheiro e Saddi (2005, p. 125-126), o risco existe e a forma de mitigá-lo é celebrar um contrato em que se estimam condições e situações que possam ocorrer no seu cumprimento. Por sua vez, o aspecto essencial que gera a expectativa de que os contratos serão obedecidos pelas partes é a sanção prevista para a hipótese de inadimplemento. Se os custos previstos para a conduta violadora do contrato forem superiores ao seu benefício, a parte, como agente racional, não incorrerá neste comportamento, o risco do inadimplemento é reduzido e a probabilidade de geração de riquezas aumenta.

Surge, contudo, a seguinte questão: se se presume que o ajuste voluntário é vantajoso para as partes, porque é necessário estipular penali-

dades para o caso de inadimplência? Em princípio, se é vantajoso, não faz sentido pensar que qualquer dos contratantes irá descumprir o contrato, considerando sua racionalidade. O problema é justamente este, o comportamento racional dos indivíduos.

Qualquer parte contratual pode vislumbrar, como foi visto, uma situação que gere maior riqueza individual do que a gerada com o cumprimento do contrato. Nesse caso, se não houver algum mecanismo inibidor de comportamentos oportunistas, a tendência é que ela se engaje neste tipo de conduta. É o caso do marceneiro que recebe pelo bem, mas não o entrega ao comprador. O marceneiro ganha 20, mas o comprador perde 20, ou seja, a riqueza gerada para o marceneiro é 20, mas para a coletividade é zero.

As cláusulas contratuais revelam, portanto, o grau de comprometimento das partes com o contrato, mas, além disso, revelam as medidas necessárias para diminuir o risco da inadimplência. Portanto, qualquer evento que modifique algum dos elementos do contrato, e não seja desejado por todas as partes, altera o estado de equilíbrio obtido e, conseqüentemente, as expectativas de adimplemento contratual, não sendo mais possível dizer se o desfecho da relação será socialmente desejável e, menos ainda, se será vantajoso para as partes.

Por tudo isso, ao menos do ponto de vista da geração de riquezas, é tão importante que os contratos livremente celebrados sejam protegidos. É importante que seja garantida a liberdade contratual, ou seja, liberdade para um indivíduo decidir se se engaja, ou não, em uma relação contratual, e liberdade para definir os termos do contrato, o que, conseqüentemente, gera a vinculação da vontade manifestada.

É necessário, portanto, que existam leis que protejam os arranjos contratuais livremente pactuados e mecanismos eficazes de imposição das leis e dos contratos. Daí a importância de se estudar a relação entre Estado de Direito e geração de riquezas, como será visto no tópico seguinte.

2.2 Estado de Direito, Teorema de Coase e geração de riquezas

Retomando a análise do papel das instituições no processo de geração de riquezas, e tendo já a ciência da importância dos contratos neste

processo, qual deve ser, então, a postura do Poder Judiciário diante de lides processuais que envolvam inadimplemento contratual?

A resposta a esta pergunta exige nova incursão pelo Teorema de Coase.

Na verdade, o que Coase quis dizer no seu artigo seminal de 1960 (*The Problem of Social Cost*) foi que, em um mundo em que não haja custos de transação, a alocação inicial dos direitos de propriedade, promovida pelo Estado, é irrelevante, pois as partes não terão empecilhos para negociar, e, assim, os direitos poderão ser realocados com a maior geração de riquezas possível.

Contudo, considerando que a ausência total de custos de transação não é uma realidade, e que alocar originariamente direitos da forma mais eficiente possível é uma tarefa impossível – já que afirmar que o Estado sabe qual a melhor alocação é presumir que ele conhece todas as preferências de todos os cidadãos, e isso, além de ser inverídico, viola o pressuposto da assimetria de informações – resta ao Estado, no processo de geração de riquezas, o papel de facilitar a realocação dos bens e direitos, por meio de medidas que promovam a redução dos custos das transações ou que, no mínimo, não imponham novos custos de transação.

Combinando, portanto, Teorema de Coase, que, *a contrario sensu*, exalta a importância do Estado no processo de realocação eficiente dos direitos, com a tese defendida por North, sobre o papel das instituições no processo de geração de riquezas, é possível pensar que os custos das transações podem ser enfrentados com: 1) leis claras, objetivas e aprovadas pelo parlamento segundo um processo legislativo previamente definido pela Constituição, e 2) Poder Judiciário que aplique as leis de forma imparcial e previsível, e respeite os arranjos contratuais livremente pactuados em todos os seus aspectos, principalmente, na aplicação das sanções, evitando, dessa forma, comportamentos oportunistas. Nada mais, nada menos, do que a noção mais elementar de Estado de Direito.

Aliás, nesse sentido, Campilongo (1997, p. 112) afirma que, para a conceituação liberal, Estado de Direito significa a conjugação de pelo menos três elementos: a) o império da lei estatal; b) a transparência da atuação do Estado na produção das leis, decisões judiciais e atos administrativos, e c) equilíbrio e controle entre os poderes.

O que chama a atenção para a visão de Estado de Direito que ora

se apresenta neste trabalho, em relação às concepções mais tradicionais, como a descrita acima, é que a combinação entre Teorema de Coase e Nova Economia Institucional permite a formulação de um conceito funcional de Estado de Direito com ênfase na geração de riquezas e no crescimento econômico dos países, algo que os juristas dos países em desenvolvimento deixaram de lado, porque sempre estiveram mais preocupados em estudar a concepção inicial de Estado de Direito, ou seja, leis para reagir ao absolutismo dos governantes, como no Estado de Direito liberal, ou, mais recentemente, leis para obrigar o Estado a cumprir compromissos sociais descritos na Constituição, o chamado Estado Social de Direito.

Outro aspecto interessante, que será abordado no tópico seguinte deste trabalho, é que, quando se combina Estado de Direito com a visão mais realista da Nova Economia Institucional sobre o processo de escolha dos indivíduos e como eles se relacionam em ambiente de assimetria de informações, percebe-se que não há Estado de Direito efetivo sem Judiciário efetivo. É dizer, não basta a previsão legal ou a existência de contrato entre as partes, é necessário que exista uma instituição apta a impor a lei e fazer cumprir o contrato em todos os seus termos, pois o contrato, celebrado em um determinado contexto fático-normativo, foi o instrumento escolhido pelas partes para reduzir os efeitos da assimetria informacional, e, dessa forma, viabilizar a transação.

Sobre o primeiro aspecto, ou seja, a visão funcional do Estado de Direito, Tamanaha (2007) observa que, além da função de impor restrições legais aos governos, uma outra função do Estado de Direito é manter a ordem e coordenar o comportamento e as transações entre os cidadãos. Nesse sentido, dentre os benefícios do Estado de Direito estão o aumento da certeza, previsibilidade e segurança nas relações cidadão-governo e cidadão-cidadão, e, especificamente a respeito das relações entre cidadãos, afirma o autor que as pessoas estarão dispostas a interagir umas com as outras se souberem com antecedência as regras que serão aplicadas caso haja algum problema ou uma disputa entre elas.

Igualmente, Bobbio (2000, p. 172) já ressaltava a importância da previsibilidade e calculabilidade das consequências das ações como fator relevante no incremento das relações econômicas. Segundo o autor, enquanto os antigos, sensíveis de modo particular ao problema do governo

tirânico, colocaram em destaque, sobretudo, a função igualizadora da lei, os modernos exaltaram a função que o governo pode desempenhar, emanando normas abstratas, para assegurar a previsibilidade e, portanto, a calculabilidade das consequências das próprias ações, favorecendo assim o desenvolvimento do intercâmbio econômico.

Tamanaha (2007) reforça esta mesma ideia, destacando a importância do Estado de Direito como mecanismo de superação da falta de confiança interpessoal, dizendo que:

O Estado de Direito aumenta a certeza, previsibilidade e segurança. Além de aumentar a liberdade, é sabido que a economia de mercado se beneficia destas qualidades em dois diferentes aspectos, o primeiro, relacionado com os contratos, e o segundo, com a propriedade. Em primeiro lugar, os agentes econômicos podem prever com antecedência os custos e benefícios das futuras transações, o que os habilita a tomar as decisões mais eficientes. Uma pessoa pode iniciar uma relação contratual com alguma segurança das consequências possíveis, ainda que a outra parte deixe de cumprir os termos do contrato. Este aspecto estimula a contratação com estranhos ou partes mais distantes, o que aumenta a extensão e a frequência das interações comerciais, aumentando o tamanho do bolo. Em segundo lugar, a proteção da propriedade (e das pessoas), garantida pela lei, oferece segurança no sentido de que os frutos do trabalho estarão protegidos contra a expropriação dos outros. Esta segurança liberta os indivíduos para alocarem a maior parte dos seus esforços em atividades produtivas, e aproveitar os seus benefícios, ao invés de gastarem tempo e esforços na proteção dos ganhos já auferidos.

Se a ideia, portanto, é relacionar crescimento econômico ao Estado de Direito, no sentido de que a lei e o contrato servem como instrumento de superação do problema da falta de confiança interpessoal, então, é preciso que, antes de mais nada, existam regras claras e objetivas sobre direitos de propriedade e contratos, e que os conflitos surgidos possam ser resolvidos por um terceiro desinteressado que não altere a previsibilidade e a calculabilidade atingidas com o arranjo contratual. Vale dizer, a presença de um Judiciário confiável é absolutamente indispensável para afastar comportamentos oportunistas, reduzir custos de transação e, consequentemente, aumentar a geração de riquezas das transações econômicas.

É nesse sentido que o presente trabalho, a partir deste ponto, passa

a ser desenvolvido, ou seja, será focado o papel do Poder Judiciário como instituição necessária à plena efetivação das cláusulas contratuais e manutenção das expectativas iniciais dos contratantes, do que decorrerá a diminuição de comportamentos oportunistas e dos custos das transações, possibilitando, dessa forma, resultados mais expressivos no campo da geração de riquezas.

2.3 O Poder Judiciário como instituição necessária ao crescimento econômico: previsibilidade e confiabilidade das decisões judiciais proferidas em questões contratuais

Inicia-se este tópico relembando que a matriz institucional de uma sociedade em um determinado tempo é constituída de regras formais e informais, assim como pelas instituições que garantem a aplicação dessas regras. O Poder Judiciário é justamente uma destas instituições que impõem a observância das regras e dos pactos (*enforcement*).

Se, na linha de pensamento da Nova Economia Institucional, a presença de instituições que ajudem a superar o problema da falta de confiança nos relacionamentos interpessoais é indispensável; se instituições confiáveis são indispensáveis, então, um Judiciário confiável também é indispensável. Portanto, se as instituições importam, então, o Poder Judiciário também importa. O foco da pesquisa é justamente este, ou seja, a importância de um Judiciário confiável e previsível como condição necessária para a criação de um ambiente de trocas juridicamente seguro.

Seguindo essa linha de raciocínio, Cooter e Schäfer (2006) destacam a importância da efetiva aplicação das normas como fator de crescimento econômico. Segundo os autores, a legislação em um país pobre, em geral, assemelha-se às leis de um país rico. Por exemplo, as normas escritas sobre propriedade e contratos na Índia e na Nigéria são parecidas com o Direito inglês, e a legislação codificada sobre propriedade e contratos no Peru é semelhante ao Código Civil da Espanha. As leis e regras jurídicas, no entanto, são menos eficientes na Índia, na Nigéria e no Peru do que são as leis ou regras jurídicas da Inglaterra ou da Espanha.

Pois bem, se a efetiva aplicação das leis e a observância dos contratos

livremente pactuados são condições necessárias para o desenvolvimento econômico, é importante destacar que a efetividade das normas (legais e contratuais) depende da aplicação das sanções previstas para o caso de desobediência, e é justamente aí que ganha relevo a atuação do Poder Judiciário. Não basta, como já foi dito, dispor sobre regras de atribuição de direitos e celebrar contratos; é preciso que as regras sejam aplicadas e os contratos efetivamente respeitados pelas partes, o que depende da interferência de uma instituição capaz de impor sanções pelo descumprimento das regras formais.

É nesse sentido que, como fontes e fiadoras dos direitos de propriedade, as instituições políticas merecem de North atenção especial. Sua intervenção é dispensável nos casos de contratos que emergem no interior de redes sociais de alta densidade, nas quais os agentes dispõem de elevado conhecimento mútuo, envolvidos que estão em repetidas trocas. Sob tais condições, os custos de transação se veem muito reduzidos e o respeito aos acordos estabelecidos é a norma. Nas trocas impessoais, contudo, tais condições estão ausentes. Nelas, os custos de mensuração costumam ser grandes; o engodo, a fraude, o oportunismo são possibilidades sempre presentes; os contratos são tipicamente incompletos – visto que sua vigência ao longo do tempo supõe inúmeros imponderáveis – e a sanção de uma terceira parte, capaz de dirimir litígios e fazer valer suas decisões, torna-se, em consequência, obrigatória. (VELASCO E CRUZ, 2003).

A visão pragmática que a Nova Economia Institucional tem do direito de propriedade é bastante esclarecedora, para os juristas, sobre a distância que existe entre dispor sobre regras (leis e contratos) e torná-las efetivas.

Mello e Esteves, nesse sentido, ressaltam a falta de comunicação entre economistas e juristas justificando-a no recorte analítico próprio de cada disciplina e na divergência entre os padrões de discurso racional, porque se movem em planos de análise distintos: ser e dever-ser. De um lado, o estudo do direito se preocupa com o significado normativo logicamente correto que deve corresponder ao enunciado verbal da norma, investindo o sentido dos preceitos que se apresentam como uma ordem determinante da conduta, estabelecendo-lhes o sentido lógico-formal e ordenando-os num sistema lógico sem contradições – a ordem jurídica, que se refere ao plano do dever-ser. Por outro lado, a ordem econômica

diz respeito ao mundo dos acontecimentos reais, da distribuição de poder efetivo sobre bens e serviços e o modo pelo qual estes se empregam, relacionando-se, dessa forma, com o plano do ser. Em princípio, portanto, não faz parte do objeto do direito a indagação sobre se os destinatários cumprem ou não as normas e porque o fazem; menos ainda se dessa conduta resultam os efeitos desejados e/ou efeitos colaterais sobre o mundo real. Mais preocupado com princípios e premissas normativos, o jurista muitas vezes despreza os problemas reais decorrentes da aplicação de uma norma, pouco lhe importando o que efetivamente acontecerá em função de certa decisão legislativa ou judicial.

É por isso que, para o Direito, ser proprietário significa que alguém possui uma relação, protegida por lei, com um determinado bem material ou imaterial, o qual pode usar, fruir e dispor, além de poder excluí-lo de terceiros³. Porém, para a Nova Economia Institucional, a noção de direito de propriedade está mais associada à ideia de conjunto de direitos sobre um determinado recurso (BARZEL, 1989), e, portanto, a oponibilidade deste conjunto de direitos depende da capacidade efetiva de se poder excluir o acesso de terceiros aos recursos, e não do que consta formalmente da lei. Vale dizer, a manutenção da propriedade gera custos, os quais sempre foram ignorados pelos juristas e, até mesmo, pelo pensamento econômico ortodoxo.

Pois bem, pela visão realista nos neoinstitucionalistas, o fato de um indivíduo ser proprietário de um imóvel rural não o livra de ter seu bem invadido por terceiros. É claro que existem mecanismos legais disponíveis para que o proprietário possa reaver seu bem. Contudo, o que os juristas desconsideram, quando estudam o direito de propriedade, é que reaver o bem gera custo. Custo para identificar a magnitude da invasão, custo para tentar negociar com os invasores a retirada pacífica, custo para contratar um advogado, para ajuizar a ação competente, custo para recorrer a uma instância superior, se for o caso; custo decorrente da espera pela decisão judicial; para promover a retirada forçada; para fazer o levantamento dos prejuízos causados pela invasão, além do próprio prejuízo; custo para

3 BRASIL. **Código Civil**. Art. 1.228, do CC: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

tentar negociar a recomposição voluntária dos prejuízos, para contratar advogado para ingressar com ação de reparação de danos, e por aí vai.

Com efeito, não basta que a lei diga que um indivíduo tem direito de propriedade sobre um determinado bem; inúmeros outros aspectos estão envolvidos quando se encara de forma realista a questão da efetividade dos direitos. Admite-se, portanto, que os direitos não são absolutos pela incapacidade fática de protegê-los e, por isso, é presumível que alguns estarão mais ou menos protegidos. Como consequência, os detentores de direitos menos protegidos sujeitam-se mais a comportamentos oportunistas e, por outro lado, a tentativa de protegê-los aumenta o custo das transações, realidade que os juristas desconsideram.

Segundo Barzel (1989), portanto, é razoável supor que os custos de proteger cada direito são crescentes no nível de segurança desejado, de modo que nunca compensará tentar obter um direito completamente seguro. Por isso, alguns atributos do bem permanecerão no domínio público, o que gera incentivos para que outros agentes despendam recursos para tentar capturá-los (comportamento oportunista).

Essa perspectiva afeta a forma como o proprietário usará e investirá na proteção do direito de propriedade sobre o recurso. Se o custo para minimizar os efeitos dos comportamentos oportunistas for exacerbado, então, não haverá incentivo para investir em um determinado bem ou direito.

Em suma, não basta que a lei defina e aloque o direito a um determinado agente, é preciso que as instituições sejam capazes de oferecer, de forma efetiva, um grau mínimo de proteção para os recursos. Este grau mínimo de segurança terá que ser suficiente para gerar nos indivíduos o estímulo para que decidam transacionar. Do contrário, o custo para superar a falta de segurança jurídica poderá desestimular a transação.

No âmbito das relações contratuais, Fiani (2003, p. 135-149) observa que os ganhos derivados das trocas estão diretamente relacionados à definição e garantia dos múltiplos atributos que compõem os direitos de propriedade. Assim, quanto mais bem definidos e mais garantidos forem esses direitos, mais eficientes serão as instituições como sistema de incentivos ao desenvolvimento econômico das nações. É claro que o autor se refere ao Poder Judiciário quando fala em garantia dos atributos dos bens negociados.

Portanto, é preciso que os direitos sejam efetivamente respeitados. O mesmo vale para os contratos. De nada adianta as partes estabelecerem regras recíprocas e sanções pelo inadimplemento das obrigações se não há a expectativa de que elas serão observadas voluntariamente ou, ao menos, impostas por um terceiro que faça cumprir o contrato.

Para ressaltar a importância da atuação do Poder Judiciário nas decisões dos indivíduos sobre investimentos, Dam (2006, p. 94), reportando-se às conclusões de um relatório do Banco Mundial, lembra que:

Empresas no Brasil, Peru e Filipinas relataram que estariam dispostas a aumentarem os investimentos se elas tivessem mais confiança nos tribunais dos seus países. Empresas na Albânia, Bulgária, Croácia, Equador, Moldávia, Peru, Polônia, Romênia, Rússia, Eslováquia, Ucrânia, e Vietnã disseram que relutariam em trocar de fornecedores, mesmo que lhes fossem oferecidos preços menores, por medo de não conseguirem acessar os tribunais para que estes fizessem cumprir os contratos.

É interessante o resultado da pesquisa, no sentido de que investidores preferem manter o fornecedor e pagar mais caro pela matéria-prima do que mudar de fornecedor e pagar mais barato. Por que? Porque como diz o ditado popular “o barato pode sair caro”. Eles já conhecem o fornecedor e conseguiram estabelecer uma relação mínima de confiança mútua (múltiplas rodadas); ao passo que o novo fornecedor é desconhecido, não se sabe como procederá (primeira rodada), e o que é pior, não sabem como o Poder Judiciário irá se pronunciar na hipótese de descumprimento do contrato. Tudo isso eleva os custos da transação e faz com que as empresas prefiram permanecer com o fornecedor que cobra mais caro pela matéria-prima.

Esta situação é muito esclarecedora para demonstrar a diferença entre as análises da Microeconomia Neoclássica e da Nova Economia Institucional. Pela primeira, que desconsidera os custos das transações, a melhor opção seria a troca de fornecedor; enquanto que, pela segunda, a melhor opção seria a manutenção do fornecedor, porque os custos de transação precisam ser contabilizados no custo total do empreendimento. Um jurista, com formação tradicional, provavelmente acompanharia a decisão do economista neoclássico; o jus-economista, não.

Em outro caso, Williamson (2005) destaca o estudo sobre a privati-

zação do setor de telecomunicações, realizado por Brian Levy e Pablo Spiller, que comparou o ambiente institucional em cinco países e revelou que, entre outros aspectos, a decisão e a forma da privatização variam de acordo com a condição e qualidade da independência do Poder Judiciário.

Aprofundando nesta questão, Pinheiro (2000, p. 14-15) afirma que a imprevisibilidade do Poder Judiciário pode ter impacto negativo sobre o desenvolvimento econômico das nações. Segundo o autor, os problemas que afetam o Poder Judiciário na maior parte dos países em desenvolvimento, traduzindo-se em justiça morosa e por vezes parcial ou imprevisível, prejudicam o desempenho econômico desses países de diferentes maneiras. A proteção insuficiente dos contratos e dos direitos de propriedade estreita a abrangência da atividade econômica, desestimulando a especialização e dificultando a exploração de economias de escala, desencoraja investimentos e a utilização do capital disponível e, por fim, mas não menos importante, distorce o sistema de preços, ao introduzir fontes de risco adicionais nos negócios.

A ideia central deste tipo de abordagem está toda ela calcada na teoria neoinstitucionalista. Explica-se: o quadro normativo e o arranjo contratual funcionam como uma estrutura de incentivos para os indivíduos, a partir da qual tomam as suas decisões de contratar e investir e esperam que as partes com que se relacionam cumpram suas obrigações, ou um terceiro ente faça com que sejam cumpridas.

Mas, se o estímulo para que os indivíduos se engajem em relações econômicas é alterado, porque a instituição competente para impor as regras contratadas deixa de fazê-lo, ou o faz a destempo, a segurança jurídica ficará ameaçada e os indivíduos tenderão a não mais se engajarem em relações comerciais, pois não conseguem mais prever como suas relações se desenvolverão e como serão dirimidas as controvérsias surgidas, já que a expectativa inicial de aplicação da regra contratual não é garantida.

Nesse sentido, segundo Montoro (2009), um bom ambiente de negócios requer mais do que boas regras. É fundamental que elas sejam bem interpretadas, bem aplicadas e assim sejam percebidas pelos atores econômicos, pois esta percepção influenciará as decisões de produção e investimento.

Igualmente, afirma Buscaglia que:

[...] as leis ficam sem sentido sem um sistema judicial efetivo para interpretá-las. Aplicação e interpretação consistente das leis pelos tribunais fornece um ambiente institucional estável no qual consequências a longo prazo das decisões econômicas podem ser alcançadas pelas empresas e pelo público. Neste contexto, um sistema judicial ideal é composto de instituições capazes de aplicar e interpretar leis de forma justa e eficiente.

Pois bem, como já fora dito, a geração de riquezas depende de mercados expandidos que permitam a exploração das vantagens da especialização da mão de obra e da divisão do trabalho. Contudo, mercados expandidos geram desconfiança entre os agentes econômicos, impondo-lhes enormes custos de transação. A solução, portanto, oferecida pela NEI, é que sejam estruturadas instituições capazes de superar/minimizar o problema da falta de confiança entre os agentes econômicos e, assim, reduzir os custos de transação.

É por isso que o Poder Judiciário deve ser confiável aos olhos dos agentes econômicos. Porém, para ser confiável, entre outros aspectos, o Poder Judiciário deve ser previsível, o que significa aplicar aos casos examinados as regras que os indivíduos já conhecem e que, inclusive, forjaram os incentivos e arranjos contratuais.

Mas, se o Poder Judiciário, que é, na nossa sociedade, a principal instituição responsável por impor às partes os termos contratuais, resolver alterá-los, por entender, por exemplo, que uma determinada cláusula contratual é incompatível com algum princípio supralegal?

Qual o efeito, por exemplo, da decisão que, com fundamento no princípio da proporcionalidade, altera o montante da multa contratual prevista para o caso de inadimplemento? Da decisão que garante o mutuário inadimplente no imóvel, amparada no princípio da dignidade da pessoa humana? Da decisão que exclui a responsabilidade do fiador, com fundamento no direito à moradia?

Que tipo de efeito decisões desta natureza geram para a economia de um país? Qual o impacto de tais decisões sobre a análise custo/benefício dos agentes econômicos?

Em relação ao primeiro exemplo, uma coisa é diminuir o valor da multa contratual porque a lei claramente diz que a multa não pode ser superior a 100 e o contrato prevê multa de 150. Nesse caso, a multa deverá ser

reduzida. Outra situação, completamente distinta, é o juiz entender que a multa é exorbitante porque viola o princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana e decidir reduzi-la a um valor que ele considera justo.

É este tipo de situação que está em exame no presente trabalho. É dizer, decisões judiciais que alteram o arranjo contratual ao qual as partes livremente aderiram e que, portanto, fundaram expectativas de que seria obedecido de forma espontânea pela outra parte ou imposto pelo Poder Judiciário, no caso de descumprimento voluntário.

Antes de responder às perguntas sobre os efeitos de tais decisões sobre as escolhas dos indivíduos, é preciso compreender o fenômeno que vem ocorrendo no Brasil, caracterizado pelo aumento do número de decisões judiciais que afastam os referenciais legais e contratuais, baseadas em princípios constitucionais sem conteúdo definido ou definível. É o que será brevemente apresentado no início do próximo tópico.

3 Decisões judiciais *contra legem* e contra contrato: efeitos e incentivos para os agentes econômicos

3.1 Breve introdução ao movimento jurídico neoconstitucionalista

Dentre os problemas das decisões judiciais que afetam a confiabilidade do Poder Judiciário perante os agentes econômicos optou-se, no presente trabalho, por analisar os efeitos das decisões fundamentadas em princípios constitucionais carentes de conteúdo definido ou definível, as quais afastam os referenciais legais e contratuais que forjaram a livre manifestação de vontade dos contratantes.

Antes de explicar os efeitos nocivos de decisões judiciais com estas características sobre as escolhas dos agentes econômicos, é preciso compreender a origem e em que consiste o movimento conhecido como neoconstitucionalismo – efeito colateral do processo de constitucionalização dos direitos –, que nasceu na Europa Continental para posteriormente aportar na América Latina.

Pois bem, o movimento de constitucionalização dos direitos tem como marco histórico a Constituição de Weimar, que vigorou na Alemanha de 1919 a 1933, e notabilizou-se pela consagração de direitos sociais.

Como era de se esperar, o movimento perdeu fôlego com o início da 2ª Guerra Mundial, mas, ao final do conflito bélico, ressurgiu com força na Europa, na própria Alemanha (Lei Fundamental de Bonn, de 1949), e em paí-

ses como Itália (1956), Portugal (1976) e Espanha (1978), para, posteriormente, chegar na América Latina, no último quarto do século passado, com imensa penetração na Argentina, México, Chile, Colômbia e Brasil.

No que diz respeito ao Brasil, a Constituição de 1988 não economizou: dignidade da pessoa humana, direito à vida, à igualdade, direito à defesa, liberdade de pensamento e de expressão, direito à privacidade, direito à informação, direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, direitos trabalhistas, direitos políticos, ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, defesa do consumidor, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, etc. Ao mesmo tempo, atribuiu eficácia imediata aos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) e garantiu o acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV).

Contudo, passada a euforia da redemocratização do país, o óbvio descompasso entre o auspicioso texto constitucional e a realidade financeira do Estado ficou exposta. Não tardou, portanto, para a sociedade perceber que os recursos públicos não eram suficientes para a implementação de todos os direitos enxertados na Constituição – fenômeno comum nos países que aprovaram constituições analíticas pós-regimes ditatoriais – e que o caminho para ver atendidas suas demandas não era a pressão política, mas, curiosamente, a via judicial, já que o impacto financeiro de decisões judiciais sobre casos isolados é menor do que o gasto com políticas públicas coletivas de longo prazo. Além disso, não é comum ver um juiz se preocupar com os efeitos financeiros das suas decisões. Não é por outra razão que, cotidianamente, juízes mandam que os entes políticos forneçam medicamentos, abram vagas em escolas públicas, etc.

Assim, ganhou corpo, no Brasil, o fenômeno da judicialização das questões políticas, muito bem estudado e caracterizado por Tate e Vallinder (1995, p. 1-10), em obra de referência sobre o tema. Resultado: boa parte da agenda de políticas públicas, atualmente, é pautada por decisões judiciais que determinam onde, como e quando o Poder Público deve agir para atender às demandas sociais.

Vale lembrar, aqui, dados estatísticos já informados neste trabalho, no sentido de que 73,7% dos juízes entrevistados para uma pesquisa concordaram inteiramente ou concordaram muito com a afirmação de que

“o juiz não pode ser um mero aplicador da lei, devendo ser sensível aos problemas sociais”. Em outra pesquisa, 83% dos magistrados concordaram com a assertiva de que “o Poder Judiciário não é neutro, e que em suas decisões o magistrado deve interpretar a lei no sentido de aproximá-las dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social”.

No centro destas questões está o movimento neoconstitucionalista, que surgiu como reação ao positivismo jurídico para conferir substrato teórico à aplicação das normas constitucionais, e tem, entre seus axiomas: a aproximação entre Direito e moral; a força normativa dos princípios constitucionais, e a invocação de tais princípios, pelos juízes, como razão de decidir.

Segundo Barroso (2005), a decadência do positivismo jurídico é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Por isso, ao fim da 2ª Guerra Mundial, a ética e os valores começaram a retornar ao Direito.

Para Bobbio (2006, p. 235) contudo, a crítica ao positivismo deve ser mais específica. O autor italiano identificou três aspectos no positivismo jurídico: a) como método para estudo do Direito; b) como teoria do Direito, e c) como ideologia do Direito. Especificamente sobre o positivismo-ideologia, considerou ser necessário distinguir entre a versão forte ou extremista e a versão fraca ou moderada, ressaltando que a maior parte das críticas valiam, apenas, para a versão extremista, que, na realidade, pouco se aproximava do positivismo jurídico praticado. É com a versão fraca que o positivismo jurídico mantinha conexão estreita e, por isso, não procediam as críticas apontadas pelos jusnaturalistas extremistas, pois o positivismo não conduzia ao que chamou de estatolatria e ao totalitarismo político. Ao contrário, disse ele, as acusações servem de defesa, pois tomar em consideração a ordem, a igualdade formal e a certeza como valores próprios do direito representa uma sustentação ideológica do Estado liberal, como concebido pelo movimento iluminista, e não do Estado totalitário.

Bobbio (2006, p. 236) adverte, ainda, que a ideologia jurídica do nazismo era, na verdade, nitidamente contrária ao princípio juspositivista, segundo o qual o juiz deve decidir exclusivamente com base na lei, sustentando, ao contrário, que o juiz deveria decidir com base no interesse político do governo. Em particular, a ideologia nazista sustentava que

deveriam ser considerados como delitos todos os atos contrários ao *são sentimento popular (gesundes Volksempfinden)*, mesmo que não previstos como crime pela lei. Acrescenta que, na Itália, o princípio da legalidade foi reivindicado pelos juspositivistas, não para sustentar o fascismo, mas para opor obstáculos às suas arbitrariedades.

De qualquer forma, segundo Duarte e Pozzolo (2006, p. 16) o fato é que, no período do pós-guerra, ganhou força um sentimento de desconfiança acerca dos postulados da neutralidade e da formalidade da lei geral e abstrata, tão caros ao Estado de Direito, pois que tais postulados tornaram-se incapazes de acompanhar as pretensões e finalidades emergentes da necessária ampliação das funções do novo Estado que surgia. O Estado de Direito, associado à concepção positivista de direito, não era capaz de formular a realização aproximativa de um ideal moral que pudesse romper com a noção reducionista do positivismo. Em suma: o positivismo jurídico do Estado legalista estava prisioneiro de uma ontologia substancial, já que, para o mesmo, o direito era identificado com a lei positiva dada, sendo constituído, portanto, como algo inteiramente objetivo - ontologizado.

Portanto, no campo jurídico, a Europa Ocidental do pós-guerra é marcada pelo fenômeno da constitucionalização dos direitos, os quais traduzem para a linguagem normativa as opções éticas e políticas da sociedade. Nesse sentido, a presença de normas de direitos fundamentais nos sistemas jurídicos constitucionalizados pode ser entendida como o resultado da transformação da moral crítica em moral legalizada. (VALE, 2007).

Neste contexto, surge, então, o neoconstitucionalismo como teoria adequada às democracias ocidentais baseadas na defesa dos direitos fundamentais.

A palavra “neoconstitucionalismo” não é empregada no debate constitucional norte-americano, tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado, sobretudo, na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, principalmente depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell. (SARMENTO, 2009).

A propósito, segundo Carbonell, o neoconstitucionalismo desdobra-

-se em três planos de análise que se conjugam: o dos textos constitucionais, que se tornaram mais substantivos e incorporaram amplos elencos de direitos fundamentais; o das práticas judiciais que passaram a recorrer a princípios constitucionais, à ponderação e a métodos mais flexíveis de interpretação, sobretudo na área de direitos fundamentais; e o dos desenvolvimentos teóricos de autores que, com as suas ideias, ajudaram não só a compreender os novos modelos constitucionais, mas também participaram da sua própria criação. (SARMENTO, 2009).

Pois bem, na esteira do movimento neoconstitucionalista, uma das grandes mudanças de paradigma ocorrida ao longo do século XX, segundo Barroso, foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. Até então, a concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. (BARROSO, 2005). Neste contexto, segundo Sarmiento (2009), os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos.

A característica fundamental da passagem do positivismo jurídico para o neoconstitucionalismo, portanto, pode ser evidenciada na importância atribuída, agora, aos princípios constitucionais que representam os valores morais da sociedade. Nesse contexto, a validade das normas deixa de depender, exclusivamente, de sua origem em um órgão competente, segundo as regras procedimentais previstas na Constituição, passando a exigir a correspondência de seu conteúdo material com os valores ou com o sistema de moralidade que passou a conformar todo o ordenamento jurídico. (VALE, 2007).

Como era de se esperar, as colisões de normas constitucionais, tanto entre princípios como entre direitos fundamentais, passaram a ser entendidas como um fenômeno natural, até porque inevitáveis. É dessa colisão de normas constitucionais que surge a técnica da ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco, podem ser

úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos aparentes de normas: hierárquico, cronológico e especialização. Neste cenário, a ponderação de valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa, ou, no limite, procederá à escolha do valor que deverá prevalecer no caso concreto. (BARROSO, 2005).

Perceba-se, portanto, a relevância do papel atribuído ao aplicador da norma no contexto neoconstitucionalista, pois terá que decidir, dentre os valores conflitantes, qual deles deverá prevalecer, no caso concreto. Se a norma não for, em alguma medida, rígida relativamente à subjetividade do aplicador, as funções que ela desempenha ficam prejudicadas. E, como os aplicadores têm concepções diferentes a respeito de como devem ser resolvidos os conflitos morais, bem como são dotados de variável capacitação técnica e inconstante rigidez moral, não só cresce a chance de incerteza, quanto aumenta o grau de arbitrariedade. (ÁVILA, 2009).

Nesse sentido, observou Sarmiento (2009) que não há uma posição clara nas fileiras neoconstitucionalistas sobre a forma como devem ser compreendidos e aplicados valores morais incorporados pela ordem constitucional, que, pela sua vagueza e indeterminação, se abrem a leituras muito diversificadas. No contexto das sociedades plurais e desencantadas que existem no mundo contemporâneo, este debate torna-se crucial, uma vez que não há mais consensos axiológicos em torno das questões difíceis que o direito é chamado a resolver. Reconhece o autor, contudo, que este pluralismo mundivisivo torna inviável, pela falta de legitimidade, o uso da argumentação de cunho jusnaturalista, que apele à religião, à natureza ou à metafísica, para equacionar as mais complexas controvérsias jurídicas.

No mesmo sentido, Larenz (1997, p. 2) afirma que nenhum procedimento dedutivo logicamente correto garante resultados intrinsecamente adequados, quando na cadeia dedutiva se introduzem premissas assentes em valorações. É esse, justamente, o caso da Teoria Neoconstitucionalista, que formula discursos fundados em valores, ideologias e opções políticas, sem qualquer demonstração de coerência e consistência, apenas retratando opiniões pessoais dos debatedores.

A análise de dois casos concretos, recentemente julgados pelo Supremo Tribunal Federal, ajudará explicar o que acaba de ser exposto:

1º) o caso da penhora do bem de família do fiador, cujo julgamento expõe a inconsistência interna de uma decisão que se fundamenta em princípios constitucionais; 2º) o caso do depósito no valor correspondente a 30% do débito tributário como pressuposto de conhecimento do recurso administrativo-fiscal, o qual expõe o problema da divergência jurisprudencial propiciada por decisões fundamentadas em princípios constitucionais que permitem, a qualquer tempo, nova interpretação.

Antes, porém, é útil relembrar a noção deixada na introdução deste trabalho, no sentido de que, quando fosse feita referência a “princípio”, a ideia que se quer preservar é a de que, ou os fins por eles propostos são indeterminados, ou os meios de se atingir fins determinados não foram especificados pelo constituinte, e que a identificação, em ambos os casos, sujeita-se a análise de valores e opções políticas ou ideológicas, o que propicia uma multiplicidade de respostas, quando houver resposta.

Pois bem, com isto em mente, no julgamento do Recurso Extraordinário 407.688 (BRASIL, STF) discutiu-se se o art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 (com redação dada pela Lei 8.245/91), que permite a penhora do bem de família de propriedade do fiador, seria compatível com a EC 26/2000, que incluiu o direito à moradia no art. 6º, da CF/88, ficando o acórdão assim ementado:

EMENTA: 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 n. 8.009/90, com a redação da Lei n. 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 n. 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei n. 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

De acordo com o relatório, a decisão originária, atacada via recurso de Agravo de Instrumento dirigido ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, indeferiu pedido de liberação de bem de família penhorado em sede de processo de execução para pagamento de dívida decorrente de contrato de locação inadimplido pelo locatário. Detalhe: o bem de família penhorado era de propriedade do fiador do locatário.

O argumento do fiador, em seu recurso à Corte Suprema, foi no sentido

da inconstitucionalidade superveniente do art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 (com redação dada pela Lei 8.245/91), em razão do advento da EC 26/2000, que incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais inscritos no art. 6º, CF/88.

Eis os principais argumentos apresentados pela ala vencedora. Primeiramente, os derivados de uma análise consequencialista, que se preocupa, não apenas com a estabilidade artificial do sistema jurídico (dever-ser), mas, também, com o impacto social das decisões judiciais (ser).

O Ministro Cezar Peluso, relator do processo, após salientar que moradia não significa, apenas, ser proprietário de imóvel, mas, também, habitar bem de outrem, como resultado de uma relação contratual, defendeu que o direito social à moradia pode ser efetivado, entre outras tantas opções disponíveis ao Poder Público, mediante política de estímulo às relações locatícias de imóveis residenciais, por intermédio da previsão normativa de penhorabilidade do bem de família do fiador.

O fundamento central da argumentação está na necessidade de se garantir a estabilidade das relações de locação, mediante o fortalecimento de uma garantia de adimplemento contratual, o que acarretaria, como consequência direta, um estímulo para os proprietários locarem seus imóveis, e, indiretamente, o acesso dos indivíduos que não têm condições de adquirir imóvel próprio, o que representa a imensa maioria da população brasileira.

Por sua vez, observou o Ministro Nelson Jobim:

Nós temos de ter respeito às normas constitucionais, inclusive ao direito infraconstitucional. Essas normas não são feitas para irreais, não são feitas para mundos virtuais, mas para mundos reais. Foi exatamente a isso que o Relator se referiu. Na medida em que entendêssemos, como pretende a minoria, que esse direito seria oponível nessas circunstâncias, a consequência seria exatamente a extração da possibilidade de locações de uma série de pessoas absolutamente necessitadas para tais, porque, evidentemente, o risco seria onerado ao personagem, por meio da fiança bancária, ou mesmo na impossibilidade de locação. [...] o Tribunal não pode ficar insensível ao fato de que seus eventuais trabalhos teóricos ou acadêmicos possam criar circunstâncias que inviabilizem, inclusive, o próprio desenvolvimento do setor e abertura de moradias a todos.

Perceba-se, a partir de agora, a diferença entre a abordagem consequencialista, e a abordagem neoconstitucionalista, focada na busca incon-

sequente de eficácia jurídica para os princípios constitucionais, própria dos que estão presos ao mundo do dever-ser.

Iniciando, assim, a abordagem neoconstitucionalista, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu estar caracterizada situação de conflito entre dois direitos fundamentais, com a peculiaridade de que a suposta violação a um direito fundamental ocorre no bojo de uma relação travada, exclusivamente, entre particulares. Por fim, concluiu que o direito à livre disposição dos bens e à manifestação de vontade deveria prevalecer, considerando que o fiador agiu livre e espontaneamente, ao colocar em risco um direito fundamental que lhe fora assegurado na Constituição. Em suma, no embate entre dois direitos fundamentais, quando subjacente uma relação de natureza privada, deverá prevalecer a autonomia privada do indivíduo para livremente dispor dos seus bens e direitos, descabendo ao Estado agir de forma paternalista.

A Ministra Ellen Gracie, igualmente, enveredou pelo confronto de princípios constitucionais:

[...] também eu ponho face a face os princípios constitucionais que asseguram a proteção mais ampla à família. Já que, nesses casos, a impenhorabilidade do bem de família objetiva não apenas defender a pessoa individual daquele responsável pela obrigação, mas, sim, o núcleo familiar. Pondero esse valor. Mas pondero também, com base nas razões brilhantemente desenvolvidas pelo Ministro Cezar Peluso, que a Constituição busca assegurar um amplo acesso à moradia, o qual pressupõe as condições necessárias à sua obtenção, seja no regime de propriedade, seja no regime de locação.

Agora, os fundamentos da ala vencida, que também enveredou pela abordagem neoconstitucionalista, na sua versão mais extrema.

O Ministro Eros Grau argumentou no sentido de que o texto constitucional é dotado de eficácia normativa vinculante, obviamente, referindo-se ao art. 6º, da CF/1988, e que, portanto, a Constituição vincula o legislador. Quanto ao argumento no sentido de que o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família do fiador produzirá impacto negativo no mercado das locações imobiliárias, disse o Ministro tratar-se de argumento inserível para afastar a disposição constitucional constante do art. 6º.

Segundo Eros Grau:

A minha discordância do voto de Vossa Excelência é que não estou me apegando à lógica do mercado no meu voto, mas, sim, ao que diz a Constituição. É nesse ponto que discordo de Vossa Excelência. [...] no que concerne ao argumento enunciado no sentido de afirmar que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado das locações imobiliárias, não me parece possa ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência de preceitos constitucionais, o do artigo 6º e a isonomia. Não hão de faltar políticas públicas, adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional.” E concluiu: “Creio que a nós não cabe senão aplicar a Constituição. E o Poder Público que desenvolva políticas públicas sempre adequadas aos preceitos constitucionais”.

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello disse que:

O exame da controvérsia jurídica suscitada nesta sede recursal extraordinária faz instaurar instigante discussão em torno de tema impregnado do mais alto relevo constitucional. Refiro-me à questão pertinente à eficácia do direito à moradia, enquanto projeção expressiva de um dos direitos fundamentais elencados no texto da Constituição da República. A Constituição brasileira, ao positivizar a declaração de direitos, proclamou, dentre aqueles impregnados de caráter social, o direito à moradia, assim qualificado pela EC nº 26, de 14/02/2000. Cabe assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à moradia – que representa prerrogativa constitucional a todos (CF, art. 6º) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração. A essencialidade desse direito é também proclamada por declarações internacionais que o Brasil subscreveu ou a que o nosso País aderiu, valendo referir, dentre elas, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (art. 25) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11), que dispõem sobre o reconhecimento do direito à moradia como expressão de um direito fundamental que assiste a toda e qualquer pessoa. [...] Dentro do contexto pertinente ao direito à moradia, torna-se relevante observar, na linha da reflexão feita pelo eminente Professor LUIZ EDSON FACHIN (“Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, 2001, Renovar), que se impõe, ao Estado, dispensar tutela efetiva às pessoas em geral, notadamente àquelas postas à margem das grandes conquistas sociais, assegurando-lhes, mediante adoção de medidas apropriadas, a proteção do patrimônio mínimo fundada em postulados inderrogáveis, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que representa – enquanto um dos fundamentos da República (CF, art.

1º, III) – valor revestido de centralidade em nosso sistema constitucional. Esse princípio fundamental, valorizado pela fiel observância da exigência ético-jurídica da solidariedade social – que traduz um dos objetivos fundamentais do Estado Social de Direito (CF, art. 3º, I) – permite legitimar interpretações que objetivem destacar, em referido contexto, o necessário respeito ao indivíduo, superando-se, desse modo, em prol da subsistência digna das pessoas, restrições que possam injustamente frustrar a eficácia de um direito tão essencial, como o da intangibilidade do espaço doméstico em que o ser humano vive com a sua família. [...] Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, ressalto, uma vez mais, como já o fizera no início deste meu voto, a incongruência referida pelo eminente Ministro EROS GRAU, constante do inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90. Ou seja, o fiador sofre, nos termos dessa exceção legal, a incidência do vínculo processual da penhora, mas ele, mesmo solvendo a obrigação do devedor principal (locatário), não pode voltar-se, regressivamente, contra ele, impossibilitado de fazer recair a penhora sobre o único imóvel residencial eventualmente pertencente ao inquilino inadimplente.

Pois bem, em análise, agora, encontram-se os votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, de viés neoconstitucionalista pró-penhorabilidade, e os votos dos Ministros Eros Grau e Celso de Mello, de viés neoconstitucionalista contra a penhorabilidade.

O Ministro Joaquim Barbosa evidenciou situação de conflito entre dois direitos fundamentais, o direito à moradia do fiador e o direito à liberdade de manifestação da vontade, e concluiu que, no caso concreto, deveria prevalecer a manifestação de vontade sobre o direito à moradia do fiador. A Ministra Ellen Gracie pôs em confronto o direito à moradia e o princípio à proteção do núcleo familiar, concluindo por prestigiar, naquele caso, o direito à moradia dos locatários.

O Ministro Eros Grau, por sua vez, reconheceu a força normativa do direito à moradia do fiador e considerou que a norma infraconstitucional violava o disposto no art. 6º, da CF/88. No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello reconheceu o direito à moradia como projeção do princípio da dignidade da pessoa humana e que a penhorabilidade do bem do fiador iria contra ambos.

Ambas as correntes, como é possível verificar, desenvolveram seus argumentos a partir de princípios abstratos sem conteúdo definido: di-

reito à moradia, liberdade de manifestação, proteção ao núcleo familiar e dignidade da pessoa humana.

Indaga-se: tomando como base a tipologia do discurso neoconstitucionalista, tal como identificado no julgamento referido, é possível argumentar de forma contrária ao que consta dos votos, ou seja, contra a preponderância do direito à moradia sobre a proteção do núcleo familiar ou contra a preponderância da liberdade de contratar sobre o direito à moradia? Sim, é possível. Basta dizer, sem qualquer critério, que deve prevalecer a proteção ao núcleo familiar, no primeiro caso, e o direito à moradia, no segundo.

O que expõe, ainda mais, a inconsistência do discurso neoconstitucionalista é o fato de que o direito à moradia pode perfeitamente ser invocado pelos que consideram legítima a penhora, mas, também, pelos que a consideram ilegítima. É possível invocá-lo para defender o direito à moradia dos locatários e, ao mesmo tempo, para defender o direito à moradia do fiador, tudo em uma mesma decisão. Da mesma forma, pode-se invocar o princípio da dignidade da pessoa humana para defender o direito à moradia do locatário e do fiador.

A conclusão, portanto, é absolutamente arbitrária. Não há possibilidade de debate racional, porque não há argumentação racional. Cada um diz o que quiser dizer, refletindo sua escala pessoal de valores em um dado momento, sem qualquer reflexão sobre as consequências da decisão, e sem compromisso de reafirmar a tese defendida em casos futuros.

O segundo caso é ainda mais evidente e, por isso, permite exposição mais abreviada. Discutindo sobre a constitucionalidade do depósito prévio como condição para o conhecimento do recurso administrativo-fiscal, no julgamento do Agravo de Instrumento 318.324/RS (BRASIL, STF), o STF concluiu que a referida exigência não violava o princípio do contraditório e da ampla defesa:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MULTA. EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PARA EFEITO DE RECURSO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO (SÚMULAS 282 E 356 DO STF). AGRAVO. 1. A exigência de depósito para efeito de recurso não viola o princípio da ampla defesa. Precedentes do Plenário e da 1a. Turma. 2. E a questão relativa à

imunidade, somente agora suscitada, não pode ser objeto de consideração, por esta Corte, em Recurso Extraordinário, à falta de oportuno prequestionamento (Súmulas nºs 282 e 356). 3. No mais, é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não admitir, em R.E., alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação ou aplicação e mesmo inobservância de normas infraconstitucionais. 4. Agravo improvido.

Contudo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.976 (BRASIL, STF), aquele mesmo tribunal entendeu que sim, havia violação ao mesmo princípio do contraditório e da ampla defesa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 32, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 33, § 2º, DO DECRETO 70.235/72 E ART. 33, AMBOS DA MP 1.699-41/1998. DISPOSITIVO NÃO REEDITADO NAS EDIÇÕES SUBSEQUENTES DA MEDIDA PROVISÓRIA TAMPOUCO NA LEI DE CONVERSÃO. ADITAMENTO E CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA NA LEI 10.522/2002. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO CONTEÚDO DA NORMA IMPUGNADA. INOCORRÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. DEPÓSITO DE TRINTA PORCENTO DO DÉBITO EM DISCUSSÃO OU ARROLAMENTO PRÉVIO DE BENS E DIREITOS COMO CONDIÇÃO PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DEFERIDO. Perda de objeto da ação direta em relação ao art. 33, caput e parágrafos, da MP 1.699-41/1998, em razão de o dispositivo ter sido suprimido das versões posteriores da medida provisória e da lei de conversão. A requerente promoveu o devido aditamento após a conversão da medida provisória impugnada em lei. Rejeitada a preliminar que sustentava a prejudicialidade da ação direta em razão de, na lei de conversão, haver o depósito prévio sido substituído pelo arrolamento de bens e direitos como condição de admissibilidade do recurso administrativo. Decidiu-se que não houve, no caso, alteração substancial do conteúdo da norma, pois a nova exigência contida na lei de conversão, a exemplo do depósito, resulta em imobilização de bens. Superada a análise dos pressupostos de relevância e urgência da medida provisória com o advento da conversão desta em lei. A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV). A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos

pode converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1699-41 - posteriormente convertida na lei 10.522/2002 -, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72.

Mas, então, o texto constitucional deve ter sido alterado entre um julgamento e outro, a ponto de justificar essa mudança radical de entendimento? A resposta é não. Na verdade, mais uma vez, o STF utilizou um princípio, antes invocado para sustentar a constitucionalidade de uma norma, para, em outra oportunidade, defender a inconstitucionalidade daquela mesma norma.

Como o princípio invocado não possui conteúdo determinado, qualquer significado pode lhe ser atribuído, ficando ao sabor do julgador de plantão tal tarefa.

O principal problema com decisões de tal natureza é que, a despeito de não oferecerem metodologia e resultados falsificáveis, representam enorme insegurança para a sociedade. Se o resultado de um julgamento é fruto de convicções pessoais do julgador, basta que haja modificação na composição do tribunal para que os fundamentos daquela primeira decisão fiquem fragilizados. Nem é necessário chegar a tanto. Basta que, imbuído de novos valores, após ter passado por alguma experiência pessoal reveladora, o mesmo juiz reposicione-se no debate.

Em suma, a discussão acerca do conteúdo e limitações de princípios e direitos fundamentais que retratam valores de uma sociedade conduz ao debate sem lógica e a decisões imprevisíveis e inconsistentes, tudo o que o Judiciário não pode ser.

3.2 Efeitos das decisões judiciais principiológicas sobre as escolhas dos agentes econômicos

Pois bem, considerando que toda transação ocorre dentro de um contexto institucional, que as instituições geram estímulos e os indivíduos reagem a eles, então, pode-se dizer que os contratos celebrados estão inseridos e adaptados a um contexto previamente conhecido pelas partes,

o que lhes oferece um grau mínimo de segurança capaz de estimulá-los a realizarem as transações. Do contrário, não teriam celebrado o contrato. Basicamente, os indivíduos transacionarão se houver a percepção de que a lei e o Poder Judiciário protegerão os contratos.

Porém, se, após a celebração do contrato, as instituições não se mostrarem capazes de impor custos àqueles que se engajarem em comportamentos socialmente indesejáveis (inadimplemento contratual), então, aquele grau mínimo de segurança deixará de existir, comportamentos oportunistas emergirão na relação contratual e a execução do contrato ficará ameaçada, porque as partes terão que criar mecanismos contratuais complementares. Além disso, futuras trocas deixarão de ocorrer, pois, sequer o nível mínimo de segurança para a celebração dos contratos será atingido.

A função do Poder Judiciário, portanto, no campo da geração de riquezas, é fazer cumprir as cláusulas contratuais, impondo as sanções pelo descumprimento, tal como elas foram engendradas, porque elas representam o equilíbrio encontrado pelas partes para fazerem a troca com o nível mínimo de segurança possível e máximo de geração de riquezas em tais condições.

A possibilidade de cumprimento encoraja a troca e a cooperação. Por isso, segundo Pinheiro e Saddi (2005, p. 128), o papel de qualquer tribunal é exatamente o de garantir o cumprimento da promessa original manifestada pelas partes de uma relação contratual.

Mas, se os agentes interessados em celebrar determinado contrato não sabem como as divergências surgidas na execução contratual serão dirimidas, porque decisões judiciais serão tomadas de acordo com o juízo de valor pessoal de cada julgador, não se pode esperar que pessoas invistam tempo e dinheiro em um empreendimento cujo grau de retorno estará constantemente ameaçado por comportamentos oportunistas que poderão ser cancelados pelo próprio Poder Judiciário.

Para ilustrar o que se acaba de expor, vale a citação de dois casos recentes, nos quais o Poder Judiciário entendeu por alterar os termos contratuais engendrados pelas partes, e a consequência foi a extinção dos respectivos contratos do mundo jurídico:

1) no primeiro caso, entendeu-se que a variação do câmbio dólar\real, ocorrida em 1999, por força do fim da política de paridade cambial, que redundou em expressiva valorização da moeda estrangeira em face

da nacional, não poderia ser integralmente aplicada aos contratos que tinham como cláusula de reajuste, voluntariamente pactuada entre as partes, justamente, a variação cambial (BRASIL, STJ, RECURSO ESPECIAL 618.841/SP). Como resultado, contratos desta natureza deixaram de ser celebrados, porque as financeiras, obviamente, não puderam mais confiar na atuação do Poder Judiciário como instituição responsável pela imposição forçada dos termos contratuais. Vale ressaltar que, atualmente, a relação dólar/real é uma das mais favoráveis aos brasileiros, de todos os tempos, ou seja, contratos vinculados à variação cambial seriam, hoje, extremamente vantajosos aos consumidores brasileiros, categoria que o Poder Judiciário, naquele primeiro momento, quis proteger, mas que, a longo prazo, acabou por ser a mais prejudicada.

2) no segundo caso, o Poder Judiciário considerou que a valorização comercial do preço da soja deveria ser aplicada aos chamados contratos de “soja verde”. Neste tipo de contrato, o produtor vende a safra ainda não colhida e estima um determinado preço. No caso concreto levado ao Poder Judiciário, os produtores pleitearam a revisão dos contratos visto que, naqueles anos específicos (2002/2003 e 2003/2004) houve uma supervalorização do preço da soja no mercado. O Tribunal de Justiça do Estado do Goiás, que mais apreciou demandas desta natureza, entendeu por aplicar o preço maior e condenou os adquirentes no pagamento da diferença, apesar de o contrato prever, de forma expressa, valor menor. Como resultado, contratos desta natureza, tão importantes para os próprios produtores, porque representam a garantia de recebimento, mesmo que a safra não seja colhida, deixaram de ser celebrados. Em especial, o armazém da Cargill, em Edéia/GO, cidade que concentrou boa parte das ações judiciais, foi fechado e a empresa deixou de assinar novos contratos. Da mesma forma, a empresa Coimbra aboliu aquela forma de contrato. (REZENDE; ZYLBRSTAJN).

Fica evidente, portanto, que, se o Poder Judiciário deixar de impor as cláusulas contratuais, tal como convencionadas, porque violam o princípio da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, ou outro qualquer, os agentes econômicos, como agentes racionais que são – no sentido de que levam em consideração os custos e benefícios das suas escolhas – serão incentivados a adotarem comportamentos oportunistas.

Nesse sentido, sempre que a opção de não cumprir o contrato for mais vantajosa do que a de cumprir e a probabilidade de ter que sofrer o ônus das sanções contratuais pelo descumprimento contratual for menor do que a de não sofrer, a tendência natural é o descumprimento. Afinal, porque um empresário pagaria pelo aluguel de um estabelecimento comercial se existe a chance de a multa prevista em contrato para o caso de inadimplemento ser invalidada por um juiz que a considere desproporcional, e, ainda, a possibilidade de permanecer no imóvel por vários anos, sem pagar, enquanto o Poder Judiciário decide a questão?

A consequência, portanto, de decisões fundamentadas em princípios constitucionais abstratos e imprecisos é, no âmbito das relações contratuais, o estímulo ao comportamento oportunista.

Por sua vez, o aumento do comportamento oportunista impõe a necessidade de salvaguardas mais elaboradas, gerando maior custo de transação (mensurar, monitorar e executar), o que leva a uma espiral de incertezas, oportunismos e custos de transação, porque nada garante que as salvaguardas desenhadas pelas partes para conter o oportunismo serão observadas pelo Poder Judiciário em um segundo momento, e, assim, novas salvaguardas deverão surgir, mais custos de transação, e o resultado final será uma operação econômica que tem seu resultado positivo afetado pelos custos de transação, ou, uma operação econômica que deixará de acontecer porque os custos de transação superam os benefícios.

Imagine-se, por exemplo, que, no caso de inadimplemento contratual, o Poder Judiciário tenha aplicado o princípio da dignidade da pessoa humana para indeferir o pedido de despejo do locatário inadimplente. No contrato seguinte, o proprietário do imóvel, com o intuito de se precaver contra aquele entendimento (reação ao incentivo), insere no contrato uma cláusula que preveja o pagamento de uma indenização pelo inadimplemento, mas o Poder Judiciário considera que o valor fixado viola o princípio da proporcionalidade. A tendência é que não haja novo contrato e riquezas deixem de ser geradas.

Em suma, se o Poder Judiciário não é previsível, porque sua argumentação principiológica permite a personalização dos julgamentos, no sentido do ditado popular, “cada cabeça uma sentença”, então, os agentes econômicos serão incentivados a comportamentos oportunistas, pois o

que é considerado inadimplemento contratual aos olhos das partes, pode não ser aos olhos de algum juiz. A consequência deste tipo de intervenção judicial, portanto, é o incentivo à inadimplência, no que toca ao devedor, e o desestímulo à transação, por parte do credor.

Conclusão

Antes de responder ao questionamento que norteou a pesquisa, é importante lembrar, em linhas gerais, o aporte teórico apresentado em cada capítulo, a fim de facilitar a compreensão da resposta que será apresentada.

A primeira parte do Capítulo I apresentou o postulado da racionalidade dos agentes, instrumento utilizado nos modelos de pesquisa da economia neoclássica que, em síntese, propõe que os desejos dos seres humanos são ilimitados, porém, os recursos são escassos, o que leva a que os indivíduos não produzam escolhas baseadas apenas nas suas preferências, mas levem em consideração, também, os custos e benefícios de todas as escolhas possíveis, sendo elas excludentes entre si. Se isso for verdade, é possível dizer, então, que a alteração da relação custo/benefício de uma determinada escolha poderá alterar, também, a decisão do indivíduo, em que pese suas preferências permanecerem estáveis.

Ressaltou-se, também, a importância da inserção de um elemento mais realista no modelo de racionalidade neoclássico, que é a ideia de que os indivíduos não dispõem de todas as informações necessárias para produzirem suas escolhas, ou porque não estão disponíveis, ou porque estão disponíveis a um custo elevado e, portanto, não vale a pena incorrer no custo. Verifica-se, nesse sentido, que o nível de informação entre os agentes não é simétrico, seja por divergências na capacidade de obter informações, seja pela divergência na capacidade de

processá-las. Admite-se, portanto, que a escolha produzida pelo agente racional não é necessariamente a melhor, mas a melhor possível.

A segunda parte do Capítulo I tratou da Teoria dos Custos de Transação (TCT). Ronald Coase, um dos precursores da teoria, observou que a criação de uma empresa é a alternativa para os custos de se recorrer ao mercado (mecanismo de preços). Recorrer ao mercado exige identificação dos preços relevantes, negociação, elaboração de contrato, fiscalização do cumprimento das cláusulas contratuais, imposição forçada em caso de descumprimento, etc. Por outro lado, quando já se é detentor do fator de produção, tais custos são eliminados e substituídos por outros. Esta noção de que recorrer ao mercado gera custos para as partes envolvidas não era desconhecida dos neoclássicos, porém, supunha-se que eram negligenciáveis, de maneira que os custos que deveriam ser considerados eram apenas os de produção.

A terceira parte do Capítulo I aborda a questão do custo social das atividades produtivas e da alternativa proposta por Ronald Coase à abordagem de internalização dos custos via reparação de danos ou tributação, defendida por Arthur Pigou. Segundo Coase, a internalização dos custos sociais não é necessariamente a solução mais eficiente. A solução mais eficiente poderá ser atingida se as partes puderem negociar livremente a realocação dos direitos. Nesse caso, o objetivo comum de ambas as abordagens, que é evitar o custo social, poderá ser atingido a um custo bem menor do que a responsabilização ou tributação da atividade produtiva.

A consequência deste raciocínio é que, se as partes puderem negociar livremente, a alocação inicial dos direitos torna-se irrelevante, pois a solução mais eficiente e desejável para todas as partes envolvidas sempre poderá ser obtida mediante negociação. Basta que os direitos estejam claramente definidos pelo Estado e que os contratos sejam respeitados. É o que passou a ser conhecido como Teorema de Coase, ou seja, em um mundo em que as partes possam negociar livremente a realocação dos direitos, sem custos de transação, a alocação inicial, promovida pelo Estado, passa a ser irrelevante para fins de alocação eficiente. Em suma, a solução mais eficiente sobre a alocação dos direitos somente poderá ser alcançada livremente se não houver custos para as partes negociarem.

Contudo, como a ausência de custo de transação não faz parte do mun-

do real, a verdade é que a alocação inicial dos direitos é relevante. Porém, como é impossível conhecer, de início, qual a alocação mais eficiente, caberá ao Estado a relevante função de criar mecanismos que facilitem a realocação dos direitos, por meio da redução dos custos de transação.

Mas, para enfrentar os custos de transação é preciso conhecer as suas causas. É por isso que, na quarta parte do Capítulo I, expôs-se a contribuição de Oliver Williamson para a Teoria dos Custos de Transação. Segundo o autor, os custos de transação estão relacionados a dois aspectos: a) racionalidade limitada dos agentes, e b) especificidade dos ativos envolvidos nas transações. Em relação ao primeiro aspecto, os agentes pretendem ser racionais, no sentido maximizador, mas só conseguem sê-lo parcialmente, já que sua capacidade cognitiva e seu tempo para tomar decisões são limitados. Já a especificidade dos ativos está relacionada à maior ou menor dificuldade para que determinado ativo seja reempregado em usos alternativos, sem perder o seu valor. Assim, quanto maior a especificidade do ativo, maior será a vulnerabilidade do investidor.

O problema que surge, quando indivíduos limitados em sua capacidade de cognição e processamento de informações investem em ativos específicos é que eles ficam vulneráveis a comportamentos oportunistas por parte dos outros contratantes, como no caso do proprietário do imóvel rural que omite a informação sobre o interesse da administração pública em impor servidão de passagem sobre o imóvel, ou no do comprador da turbina que impõe ao fabricante a condição de único comprador para exigir a revisão contratual. Nesse caso, a tentativa para minimizar as consequências dos comportamentos oportunistas, como a verificação, *ex ante*, do nível de comprometimento das partes contratantes, a negociação, o desenho contratual, a fiscalização da execução do contrato e a imposição forçada do contrato, tudo isso, gera custo (custo de transação).

Portanto, racionalidade limitada e especificidade dos ativos induzem comportamentos oportunistas, os quais, para serem evitados, minimizados ou superados, geram custos de transação que dificultam as trocas por torná-las mais onerosas ou, no mínimo, diminuem a riqueza gerada com a troca. A questão é que, para tentar minimizar os efeitos da racionalidade limitada, da especificidade dos ativos e do comportamento oportunista as partes terão que se empenhar na elaboração de contratos mais complexos

e minuciosos, o que toma tempo e dinheiro, fora o fato de que o descumprimento do contrato pode ensejar recurso a uma instância de solução de controvérsias, cujo resultado não é previsível.

A parte final do Capítulo I apresenta, em linhas gerais, a Nova Economia Institucional e o papel das instituições no desenvolvimento econômico dos países, na visão de Douglass North. O conceito de instituição apresentado abrange qualquer forma de restrição que o ser humano cria para moldar as interações. Elas podem se apresentar como regras formais (leis, códigos, constituições) ou limitações informais (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta auto-impostos). Além disso, consideram-se instituições os mecanismos responsáveis pela eficácia desses dois tipos de normas, como o Poder Judiciário, que é o responsável por fazer cumprir as leis.

A lógica neoinstitucionalista para a geração de riquezas é a seguinte: divisão do trabalho e especialização da mão de obra, condições necessárias para a troca em larga escala e a geração de riquezas, requerem a expansão do mercado, porém, um mercado expandido leva ao aumento da incerteza e da desconfiança entre os agentes pelo receio de condutas oportunistas, típicas das relações impessoais. Assim, na ausência de instituições capazes de diminuir os custos que as partes terão que incorrer para se precaverem e enfrentarem os comportamentos oportunistas, as trocas mais relevantes para a geração de riquezas deixarão de ocorrer, limitando-se os indivíduos a transacionarem com pessoas inseridas em um círculo reduzido de confiança. Outro problema é que as empresas deixarão de inovar com medo de que a transação envolvendo um produto estranho ao mercado não possa ser suficientemente protegida.

Pela abordagem neoinstitucionalista, portanto, o desenvolvimento econômico não é mais considerado como um gradual e inevitável processo de transformação rumo à especialização e divisão da mão de obra. Ao contrário, o desenvolvimento é visto como uma reação à evolução das instituições que dão suporte às relações sociais e comerciais. O crescimento econômico, portanto, depende do grau em que riscos potenciais do comércio podem ser controlados pelas instituições, as quais reduzam os custos de informação, estimulem a formação do capital e sua mobilidade, permitam que os riscos sejam compartilhados, além de facilitarem a cooperação.

A ideia, portanto, é que as instituições corretas podem superar ou, no mínimo, reduzir o problema da desconfiança entre os agentes econômicos, gerado pelo medo de que os direitos de propriedade e os contratos não sejam respeitados, criando, assim, um ambiente favorável para as trocas. Como, de regra, os agentes não confiam uns nos outros, eles somente se engajarão em trocas impessoais se puderem confiar nas instituições que estruturam as trocas.

A partir do Capítulo II, os conceitos teóricos apresentados foram, então, aplicados ao Direito, com a perspectiva da influência das instituições jurídicas no processo de geração de riquezas, e foco na atuação do Poder Judiciário ao decidir questões de inadimplemento contratual.

Na primeira parte do capítulo, ressaltou-se a função do contrato como instrumento de geração de riquezas individuais e coletivas. Se as partes contratam, e não houve vício na manifestação de vontade, então, é possível supor que, para todas as partes, o contrato é vantajoso, em termos de custos e benefícios, pois, se não o fosse, como agentes racionais que são, não o teriam celebrado. E mais, se é vantajoso para todas as partes diretamente envolvidas, também o será para a coletividade, desde que não haja externalidades negativas, ou melhor, desde que os custos sociais gerados com as externalidades não superem os benefícios obtidos com a troca. Portanto, se ambos possuem mais do que possuíam, em termos de utilidade, após a celebração do contrato, então, é possível afirmar que a transação gerou riqueza para todos os envolvidos diretamente e para a sociedade. Assim, do ponto de vista econômico, é interessante que contratos com estas características sejam protegidos.

Demonstrou-se, ainda, os ganhos coletivos da cooperação entre os contratantes, ou seja, que a cooperação é a melhor opção se o objetivo é a geração de riquezas para a sociedade. Ainda que, em determinadas situações o inadimplemento gere riqueza individual e até mesmo coletiva (rodada única), novos contratos deixarão de ser celebrados entre aquelas partes (rodadas futuras) e entre a parte inadimplente e outros potenciais contratantes, ou seja, riquezas deixarão de ser geradas por conta do comportamento oportunista.

Por isso, é socialmente desejável que as partes de um contrato cumpram suas obrigações, não apenas pensando na rodada presente, mas,

também, nas rodadas futuras, principalmente, porque rodadas futuras entre as mesmas partes tendem a diminuir o custo das transações, tendo em vista que o vínculo de confiança se fortalece e, se o custo da transação diminui, maiores serão as riquezas geradas.

O contrato desempenha, assim, a função de reduzir e, principalmente, alocar e distribuir riscos entre as partes. Todo este aparato cria um estado de equilíbrio favorável às trocas por gerar nas partes a expectativa de que as obrigações serão cumpridas, os direitos observados e as possibilidades de comportamentos oportunistas minimizados.

Por sua vez, o aspecto essencial que gera a expectativa de que os contratos serão obedecidos pelas partes é a sanção prevista para a hipótese de inadimplemento. Se os custos previstos para a conduta violadora do contrato forem superiores ao seu benefício, a parte, como agente racional, não incorrerá neste comportamento, o risco do inadimplemento é reduzido e a probabilidade de geração de riquezas aumenta. É necessário, portanto, que existam leis que protejam os arranjos contratuais livremente pactuados e mecanismos eficazes de imposição das leis e dos contratos.

É aí que entra o Poder Judiciário, como instituição responsável pela aplicação do direito e imposição das cláusulas contratuais.

A segunda parte do Capítulo II parte desta concepção para demonstrar a intrínseca relação entre Estado de Direito e geração de riquezas, a partir da exploração do Teorema de Coase, para chegar a um conceito ou concepção funcional de Estado de Direito com ênfase na geração de riquezas e no crescimento econômico dos países.

A combinação entre Teorema de Coase, que, *a contrario sensu*, exalta a importância das instituições jurídicas como instrumento de realocação eficiente dos direitos, com a tese defendida por North, sobre o papel das instituições no processo de geração de riquezas permitiu a conclusão no sentido de que os custos das transações podem ser enfrentados com: 1) leis claras, objetivas e aprovadas pelo parlamento segundo um processo legislativo previamente definido pela Constituição, e 2) Poder Judiciário que aplique as leis de forma imparcial e previsível, e respeite os arranjos contratuais livremente pactuados em todos os seus aspectos, principalmente, na aplicação das sanções, evitando, dessa forma, comportamentos oportunistas. Falou-se, portanto, da noção mais elementar de Estado de Direito.

Mas, o mais importante é que, quando se combina Estado de Direito com a visão mais realista da Nova Economia Institucional sobre o processo de escolha dos indivíduos e como eles se relacionam em ambiente de assimetria de informações, percebe-se que não há Estado de Direito efetivo sem Judiciário efetivo. É dizer, não basta a previsão legal ou a existência de contrato entre as partes, é necessário que exista uma instituição apta a impor a lei e fazer cumprir o contrato em todos os seus termos, pois o contrato, celebrado em um determinado contexto fático-normativo, foi o instrumento escolhido pelas partes para reduzir os efeitos da assimetria informacional, e, dessa forma, viabilizar a transação. Nesse sentido, a presença de um Poder Judiciário confiável é indispensável para afastar comportamentos oportunistas, reduzir custos de transação e, consequentemente, aumentar a geração de riquezas das transações econômicas.

Em termos mais claros, não basta que a lei defina e aloque o direito a um determinado agente, é preciso que as instituições sejam capazes de oferecer, de forma efetiva, um grau mínimo de proteção para os direitos definidos em lei. Este grau mínimo de proteção terá que ser suficiente para gerar nos indivíduos o estímulo para que decidam transacionar. Do contrário, o custo para superar a falta de segurança jurídica poderá desestimular a transação. O mesmo vale para os contratos. De nada adianta as partes estabelecerem regras recíprocas e sanções pelo inadimplemento das obrigações se não há a expectativa de que elas serão observadas voluntariamente ou, ao menos, impostas por um terceiro que faça cumprir o contrato.

Por tal razão, o Poder Judiciário deve ser confiável aos olhos dos agentes econômicos e, para ser confiável, entre outros aspectos, terá que ser previsível, o que significa aplicar aos casos examinados as regras que os indivíduos já conhecem e que, inclusive, forjaram os incentivos e arranjos contratuais.

O problema surge, e este é o ponto central do presente trabalho, quando o Poder Judiciário resolve afastar os referenciais legais e contratuais já conhecidos pelas partes e inserir novos parâmetros que não resultaram da livre negociação dos contratantes.

Nesse sentido, o Capítulo III inicia apresentando o movimento jurídico conhecido como neoconstitucionalismo, de origem europeia, com enorme penetração no Brasil, o qual surgiu como reação ao positivismo jurídico para conferir substrato teórico à aplicação das normas constitu-

cionais, e tem, entre seus axiomas: a aproximação entre Direito e moral; a força normativa dos princípios constitucionais, e a invocação de tais princípios, pelos juízes, como razão de decidir.

A característica fundamental da passagem do positivismo jurídico para o neoconstitucionalismo, portanto, pode ser evidenciada na importância atribuída, agora, aos princípios constitucionais que representam os valores morais da sociedade. Nesse contexto, a validade das normas deixa de depender, exclusivamente, de sua origem em um órgão competente, segundo as regras procedimentais previstas na Constituição, passando a exigir a correspondência de seu conteúdo material com os valores ou com o sistema de moralidade que passou a conformar todo o ordenamento jurídico.

Na prática, os juízes ganham autorização para deixar de aplicar as leis e as cláusulas contratuais em prol da aplicação de princípios constitucionais abstratos carentes de qualquer conteúdo definido, como dignidade da pessoa humana, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade, razoabilidade, vedação do tributo com efeito de confisco, etc. A inadimplência contratual passa a ser tolerada, por exemplo, porque o despejo de um locatário inadimplente fere o princípio da dignidade da pessoa humana, a despeito de o despejo encontrar-se previsto em lei específica e no próprio contrato de locação. A questão é que ninguém sabe o que significa exatamente dignidade da pessoa humana, ou melhor, cada um pode ter um significado diferente para dignidade da pessoa humana e cada juiz poderá decidir a causa que lhe foi atribuída de acordo com o seu próprio entendimento do que seja dignidade da pessoa humana.

A análise da argumentação exposta pelo Supremo Tribunal Federal em dois casos concretos revelou que as decisões judiciais, inspiradas em princípios constitucionais, são absolutamente arbitrárias. Não existe a possibilidade de debate racional, pois não há argumentação racional. Cada julgador diz o que quiser dizer, refletindo a sua escala pessoal de valores em um dado momento, sem qualquer reflexão sobre as consequências da decisão, e sem compromisso de reafirmar a tese defendida em casos futuros. Em suma, a discussão judicial acerca do conteúdo e limitações de princípios constitucionais que retratam valores de uma sociedade conduz ao debate sem lógica e a decisões imprevisíveis e inconsistentes.

Ora, se os agentes interessados em celebrar determinado contrato

não sabem como as divergências surgidas na execução contratual serão dirimidas, porque decisões judiciais serão tomadas de acordo com o juízo de valor pessoal de cada julgador, não se pode esperar que pessoas invistam tempo e dinheiro em um empreendimento cujo grau de retorno estará constantemente ameaçado por comportamentos oportunistas que poderão ser cancelados pelo próprio Poder Judiciário.

Feita, portanto, esta breve síntese dos parâmetros teóricos explorados no trabalho passa-se, objetivamente, à resposta da pergunta norteadora do trabalho que é, relembre-se, a seguinte: quais as consequências, para o processo de crescimento econômico brasileiro, das decisões judiciais que, com fundamento em princípios constitucionais abstratos carentes de significado universal, ignoram os referenciais legais e as cláusulas contratuais livremente pactuadas?

Enfrentando, a questão posta, é possível afirmar, com fundamento na teoria econômica neoinstitucionalista, que, em termos gerais, as decisões judiciais que modifiquem os referenciais legais e as cláusulas contratuais livremente pactuadas induzem comportamentos oportunistas, inadimplência, aumento dos custos de transação, diminuição do número de transações econômicas e pouco investimento em inovações tecnológicas, ou seja, afetam negativamente a geração de riquezas.

Em termos mais específicos, os efeitos são os seguintes:

1) para as partes que celebraram o contrato que foi objeto de análise pelo Poder Judiciário, a consequência é o descumprimento do arranjo inicial que as estimulou a contratar, com a consequente perda na geração de riquezas, já que o pressuposto base para tal, como visto, é a manifestação voluntária de vontade sobre um contrato livremente negociado;

2) para os contratantes futuros, a consequência é o estímulo a comportamentos oportunistas que, para serem enfrentados, levarão as partes a incorrerem em mais custos de transação (contratos mais elaborados, monitoramento e execução forçada), diminuindo ou, até mesmo, nulificando a geração de riquezas da transação. O mais grave é que medidas convencionadas pelas partes para tentar evitar comportamentos oportunistas correm o mesmo risco de serem desconsideradas pelo Poder Judiciário, em um segundo momento, o que cria uma espiral de insegurança e incerteza jurídicas que levará a mais comportamento oportunista, mais custos

de transação e, no limite, à decisão das partes de não contratarem.

Em suma, as consequências são nefastas para o processo de geração de riquezas: ou se gera menos riqueza, na hipótese de os benefícios da transação ainda superarem os custos; ou não se gera riqueza alguma, na hipótese de as partes decidirem não contratar, porque os custos superam os benefícios. Além disso, como não se faz uma análise das consequências da decisão, é comum verificar que a classe que se pretende proteger, em um primeiro momento, venha a ser a maior prejudicada, no momento seguinte, como no caso da extinção de determinados contratos do mundo jurídico.

Há, ainda, um possível efeito colateral. Decisões carregadas de subjetivismos poderão incentivar a busca desenfreada pelo Judiciário, o que, somado ao baixo custo de se ingressar com ação judicial, no Brasil, pode levar ao aumento da demanda e à consequente má prestação jurisdicional, sendo este um dos fatores analisados pelos agentes econômicos quando pensam em investir no país.

Referências

- AKERLOF, George. The economics of information: qualitative uncertainty and market mechanism. *Quartely Journal of Economics*, Oxford, v. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970.
- ALSTON, Lee; MUELLER, Bernardo. *Property rights, violence and the State*. Brasília: Universidade de Brasília, 2003. 26 p. (Textos para discussão, 293)
- ANÁLISE econômica dos contratos: uma introdução. Working Paper n. 0008/10, versão 17/06/10.
- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Imagem das instituições públicas brasileiras*, 2007. Disponível em: <<http://a-ponte-aponte.blogspot.com/2007/09/falta-de-confiana-nas-instituies.html>>. Acesso em: 31 maio 2010.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 20 abr. 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 9, n. 851, nov. 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 23 abr. 2009.
- BARZEL, Yoram. *Economic Analysis of property rights*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1989.
- BECKER, Gary. Nobel lecture: the economic way of looking at behavior. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 101, n. 3, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia de direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- BRASIL. *Código civil*. Organização de textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 57. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução ao Código Civil brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1942.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 618841/SP, Relator Ministro Castro Filho. *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, 1º jul. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 318324/RS, Relator Ministro Sydney Sanches. *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, 11 abr. 2003.

_____. _____. Recurso Extraordinário 407688/SP, Relator Ministro César Peluso. *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, 06 out. 2006.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.976, Relator Ministro Joaquim Barbosa. *Diário de Justiça da União*, Brasília, DF, 18 maio 2007.

BRINIG, Margaret F. Rings and promises. *Journal of Law, Economics and Organization*, Oxford, v. 6, n. 6, p. 203-215, 1990.

BUENO, Newton Paulo. Lógica da ação coletiva, instituições e crescimento econômico: uma resenha temática sobre a nova economia institucional. *Economia*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 361-420, jul./dez. 2004.

BUSCAGLIA, Edgardo. *Law and economics of development*. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0580book.pdf>>. Acesso em: 4 maio 2010.

BUSCAGLIA, Edgardo; RATLIFF, William. *Law and economics in developing countries*. Stanford: Hoover Institution Press, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, Colorado, v. 4, n. 16, p. 390-397, nov. 1937.

_____. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, n. 3, out. 1960.

COOTER, Robert D.; SCHÄFER, Hans-Bernd. O problema da desconfiança recíproca. Tradução Luciano Benetti Timm. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 1, article 8, 2006.

DAM, Kenneth. *The Law-growth nexus: the rule of Law and economic development*. Washington, Brookings Institution Press, 2006.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

ESPINDOLA, Amanda Vilarino. *Breves considerações acerca da função social dos contratos sob o enfoque da análise econômica do direito*. Disponível em: <http://www.jasonalbergaria.com.br/Documentos/funcao_social_dos_contratos.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2010.

FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (Orgs.). *Economia industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002. p. 267- 286.

_____. Estado e economia no institucionalismo de Douglass North. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 23, n. 2 (90), p. 135-149, abr./jun. 2003.

_____. *Teoria dos jogos: para cursos de administração e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

FIGUEIREDO, Eurico de Lima. In: BARRETO, Vicente Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2006.

FILÁRTIGA, Gabriel Braga. Custos de transação, instituições e a cultura da informalidade no Brasil. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 28, p. 121-144, dez. 2007.

FRIEDMAN, Milton. The methodology of positive economics. In: *Essays in positive economics*. Chicago: University of Chicago Press (1953), 1970.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Índice de confiança no Judiciário. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/default.aspx?PagId=HTICVQTP&ID=267>>. Acesso em: 2 jun. 2010.

_____. Índice de confiança no Judiciário. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/subportais/RelICJBrasil4TRI2010.pdf>>. Acesso em: 1º mar. 2011.

GÉNÉREUX, Jacques. *As verdadeiras leis da economia II*. São Paulo: Loyola, 2006.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O direito e a law and economics: possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito. *Juris*, Rio Grande, n. 11, 2005.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 13, n.47, p. 25-65, jan./mar. 2010.

_____. REIF, Avner. Reputation and coalitions in medieval trade: evidence on the Maghribi traders. *Journal of Economic History*, Cambridge, v. 49, n. 4, p. 857-882, dez. 1989.

IBOPE. *Confiança nas instituições*. 2005. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/opiniao_publica/downloads/opp_confiancainstituicoes_mai05.ppt#300,19,Slide 19>. Acesso em: 1º maio 2010.

KITCH, Edmund W. Los fundamentos intelectuales del análisis económico del derecho. In: ROEMER, Andrés (Comp.). *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KLEIN, Peter G. New institutional economics. *Encyclopedia of Law and Economics*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=115810>>. Acesso em: 10 maio 2011.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução Jose Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2006.

LEVY, Brian; SPILLER, Pablo. The institutional foundations of regulatory commitment: a comparative analysis of telecommunications regulation. *Journal of Law, Economics and Organization*, Oxford, v.10, n. 2, p. 201-246, out. 1994.

_____. *Regulations, institutions and commitment: comparative studies of telecommunications*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1996.

LOYOLA, Luiza Maria Thomazoni. O direito de propriedade sob o enfoque da teoria de direito e economia. *EOS*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 32-42, jan./jul. 2007.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Pioneira Tomson Learning, 2005.

MELO, Luiz Martins de. Modelos tradicionais de concorrência. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (Orgs.). *Economia industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002. p. 3-22.

MELLO, Maria Tereza Leopardi; ESTEVES, Heloisa Lopes Borges. *Direito e economia na noção de direitos de propriedade*. Disponível em: < www.ie.ufrj.br/datacenterie/pdfs/seminarios/.../texto1111.pdf>. Acesso em: 24 maio 2011.

MILGRON, Paul; ROBERTS, John. *Economics, organizational & management*. New Jersey: Prentice-Hall, 1992.

MONTORO FILHO, André Franco. *Percepções sobre a justiça*. Disponível em: <http://www.etco.org.br/user_file/Pesquisa_ETCO_DireitoEconomia_2009.pdf>. Acesso em: 4 maio 2010.

NORTH, Douglass C. *Custos de transação, instituições e desempenho econômico*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2006.

_____. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008.

NUSDEO, Fabio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PESSALI, Huáscar Fialho. Teoria dos custos de transação: hibridismo teórico? Uma apresentação aos principais conceitos e à literatura crítica. *Economia em Revista*, Maringá, v. 8, p. 41-65, 1999.

PIGOU, Arthur C. *The economics of welfare*. Londres: Macmillan, 1920.

PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000.

_____. *Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados*. Rio de Janeiro: IPEA, 2002. (Texto para Discussão, 966)

_____. *Segurança jurídica, crescimento e exportações*. 2005. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/2005/td_1125.pdf>. Acesso em: 12 maio 2010.

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

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010.

POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

_____. Usos e abusos de la teoría económica en el derecho. In: ROEMER, Andrés (Comp.). *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 66-90.

REZENDE, Christiane Leles; ZYLBERSZTAJN, Décio. *Quebra dos contratos de soja verde*. Disponível em: <<http://www.sober.org.br/palestra/9/935.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2011.

ROBBINS, Lionel. *An essay on the nature and significance of economic science*. 3. ed. Londres: Macmillan, 1983.

RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do direito: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.

SADEK, Maria Tereza (Org.). *A crise do judiciário vista pelos juízes: resultados da pesquisa quantitativa*. São Paulo: Sumaré, 1995.

SANDRONI, Paulo. *Dicionário de economia do século XXI*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SIMON, Herbert. Rationality in psychology and economics. *Journal of Business*, v. 59, n. 4, p. 209-224, out. 1986.

TAMANAH, Brian Z. *On The Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004.

_____. *A concise guide to the rule of law*. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1012051>>. Acesso em: 9 maio 2010.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

VALE, André Rufino. Aspectos do Neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 9, jan./jun. 2007.

VELASCO E CRUZ, Sebastião C. Teoria e história: notas críticas sobre o tema da mudança institucional em Douglass North. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 23, n. 2 (90), abr./jun. 2003.

VIANNA, Luiz Wernneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WILLIAMSON, Oliver E. *Markets and Hierarchies: analysis and antitrust implication*. New York: Free Press, 1975.

_____. *The economic institutions of capitalism*. New York: Free Press, 1985.

_____. *The mechanism of governance*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

_____. Por que direito, economia e organizações? In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel (Orgs.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WILSON, James. Adaptation to uncertainty and small numbers exchange: the New England fresh fish market. *Bell Journal of Economics*, Michigan, v. 11, n. 2, p. 491-504, 1980.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel. Análise econômica do direito e das organizações. In: _____ (Orgs.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel; AZEVEDO, Paulo Furquim. Economia dos Contratos In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel (Orgs.). *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

