

O DIREITO E A REPERCUSSÃO DE SEUS PRECEDENTES JUDICIAIS

Thiago de Oliveira¹

I – A SEGURANÇA JURÍDICA: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PAPEL ESTABILIZADOR DO PODER JUDICIÁRIO



complexidade das relações sociais, diante dos riscos decorrentes da vida em comunidade, exige a consolidação da *confiança de indivíduos em relação às opções e aos atos dos Poderes institucionizados*. É preciso conferir previsibilidade e segurança às decisões do Estado a fim de que garantias, direitos e até mesmo expectativas legítimas sejam asseguradas aos cidadãos.

Nessa esteira, o Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) *JORGE MIRANDA* destaca a *importância da justiça como instrumento à efetivação plena da segurança jurídica*:

“A segurança jurídica (...) alcança a máxima realização até hoje conhecida, em conjugação com a justiça; só o Estado de Direito oferece um quadro institucional rigoroso, no qual se manifestam, em simultâneo, certeza, compreensibilidade, razoabilidade, determinabilidade, estabilidade e previsibilidade”.² (grifo nosso)

¹ Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL (orientado pelo Prof. Dr. Jorge Miranda). Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor efetivo da Faculdade de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Autor de livros e artigos acadêmicos. Advogado na área de direito público.

² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*; tomo IV. Direitos Fundamentais. 4ª Edição. Coimbra Editora. 2011.

Em sentido semelhante, o também Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) *CARLOS BLANCO DE MORAES*:

“É importante que a *ordem jurídica* forneça aos cidadãos a possibilidade de organizarem a sua vida de acordo com critérios de previsibilidade e estabilidade de forma suficientemente razoável para que estes possam representar as consequências normativas possíveis das suas ações”³ (grifo nosso)

Certamente, entre os Poderes institucionalizados da República, o *Judiciário exerce, nos dias atuais, papel de protagonista e depositário das expectativas do povo*⁴ na busca da ordem democrática e da segurança jurídica, devendo atuar como um *poder estabilizador* e moderador das relações político-econômicas e sociais.

Como se extrai do art. 5º, XXXVI da CR/88, não se permite que nenhum ato normativo do Estado atinja situações consolidadas no passado, assegurando o seu respeito ao presente e ao futuro.

Contudo, deve-se assegurar o presente e o futuro, justamente para que o indivíduo paute seu comportamento e sua conduta. Há uma dimensão pública, pois *as soluções dadas pelo Judiciário doutrinam a sociedade, criando uma previsibilidade quanto ao resultado de certas demandas*.

Assim, *quanto mais uniformizada a jurisprudência mais se fortalece a segurança jurídica*, garantindo ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta, induzindo confiança, possibilitando uma expectativa legítima do jurisdicionado. A orientação jurisprudencial predominante em um determinado momento presta-se a que o jurisdicionado decida se vale ou não a pena recorrer ao Poder Judiciário em busca do reconhecimento de

³ DE MORAIS, Carlos Blanco. *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*. Estudos luso-brasileiros de Direito Público. Aafdl Editora. 2009.

⁴ – Em razão do descrédito existente em torno das instituições legitimamente democráticas e da baixa representatividade política dos interesses dos indivíduos. Em sentido semelhante, é a posição do Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em *Instituições Políticas*. Ed. Almedina. 2011.

determinado direito⁵.

No âmbito da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB-88), o inciso XXXVI do artigo 5º consagra a *segurança jurídica como garantia fundamental*. É cristalina a opção do constituinte pela segurança jurídica, associada ao princípio da legalidade, ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico. Aliás, no âmbito legislativo ordinário, o novo Código de Processo Civil de 2015 acolhe a segurança jurídica, ao determinar "*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*" (art.926 do NCPC).

Por sua vez, a Constituição da República portuguesa de 1976 (CRP-76) também erige a segurança jurídica ao *status* de garantia fundamental, revestindo tal segurança respectivamente sob o manto da "*legalidade democrática*" e da "*força jurídica*": "*o Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática*" (nº 2 do art. 3º da CR) e "*os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*" (nº 1 do art. 18).

Neste contexto, o Poder Judiciário brasileiro deve agir a fim de assegurar a previsibilidade, a *estabilidade*, mas também a *adaptabilidade de suas decisões judiciais ao caso concreto*, vez que ditam diretamente a vida de indivíduos, bem como o cenário político, econômico e social.

Aliás, a *aproximação entre o sistema jurídico romano-germânico*, de inspiração civil-law (do qual são signatários: Portugal e Brasil), e o *sistema anglo-saxão*, cujo a fonte é common-law, tem sido evidente nos últimos tempos.

Tradicionalmente, a principal característica do sistema jurídico, brasileiro e português, é a fonte de direito escrito, onde

⁵ MADEIRA, Daniela Pereira. *A força da jurisprudência*. O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Coord.: Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

a jurisdição é estruturada preponderantemente com a finalidade de atuação do direito objetivo. Nesta linha, o juiz seria a *boca da lei* (nas palavras de Montesquieu), para justificar a idéia de completa subordinação aos ditames da norma, editada por aqueles legitimados pelo voto democrático, e de aplicação praticamente mecanicista, de subsunção pura do fato à norma.

Ocorre que, como se sabe, tal concepção sofreu alterações significativas ao longo das últimas décadas. *O princípio da separação e harmonia entre os Poderes deixa de ser dogma, recebendo certa dose de mitigação e flexibilidade*. Há a emergência de novas gerações de direitos fundamentais e a certeza da força cogente de princípios constitucionais. Os juízes passam a adotar postura ativa e positiva – às vezes com determinado exagero, o que demanda a correta contenção; mas, por vezes, de forma bastante profícua - contribuindo inclusive para a criação da corrente jurídico-filosófica denominada *ativismo judicial*⁶.

II – PRECEDENTES JUDICIAIS: A INFLUÊNCIA SOBRE O SISTEMA JURÍDICO ROMANO-GERMÂNICO. AS POSSIBILIDADES E OS LIMITES APLICÁVEIS

Nessa linha, o *direito romano-germânico passa a ter maior deferência aos denominados precedentes judiciais*, fonte clássica do direito anglo-saxão. “Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. “Os precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carece de interpretação. É trabalho do aplicador extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma”⁷.

⁶ Nesta linha, destaque-se, entre outras, a obra *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. Ed. Saraiva. 2010, de autoria de Elival da Silva Ramos. No âmbito internacional, o americano Ronald Dworkin e o alemão Robert Alexy pelo conjunto de suas obras.

⁷ DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. *Curso de direito*

Todavia, é importante ressaltar e esclarecer que o precedente é *formado apenas pela razão de decidir do julgado*, a sua *ratio decidendi*. Em outras palavras, são os fundamentos balizadores, os pilares de uma decisão que podem ser invocados em julgamentos posteriores. As circunstâncias de fato ensejadoras da controvérsia e integrantes do julgado não têm o condão de tornar obrigatória ou persuasiva a norma criada para o caso concreto.⁸

Além disso, os *argumentos acessórios*, marginais elaborados para o deslinde da causa (*obter dictum*) *não podem ser utilizados com força vinculativa*, pois não foram determinantes para a decisão, tampouco as razões do voto vencido e os fundamentos que não foram adotados ou referendados pela maioria do órgão colegiado.⁹

Embora constitua praxe na justiça brasileira, a utilização de voto vencido para fundamentação de um pedido ou mesmo de trechos de ementas sem qualquer vinculação à tese jurídica que solucionou a controvérsia originária, tal prática não pode servir de subsídio ao magistrado durante o julgamento de caso supostamente semelhante. É comum depararmos com petições invocando decisões consolidadas, como fundamentação, para casos que não possuem qualquer semelhança com o precedente invocado. Do mesmo modo, é usual constatar a postura de juízes que, premidos pela pregação da eficiência e celeridade, lançam em suas decisões fragmentos de acórdãos de tribunais superiores sem justificar o porquê da aplicação da mesma tese jurídica.

O exercício do direito jurisprudencial necessita da análise interpretativa para se apurar a razão de decidir (ratio decidendi) do precedente judicial. Para a aplicação de determinado

processual civil. Salvador: Juspodivm, 2013.

⁸TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 14

⁹ 5 DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. Curso de direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 388.),

precedente judicial é necessário que o juiz o analise, de modo a separar a essência da tese jurídica (*ratio decidendi*) dos argumentos jurídicos acessórios e secundários, expostos apenas de passagem na decisão (*obiter dictum*), pois apenas a *ratio decidendi* deve vincular o julgamento dos demais processos. O melhor lugar para se buscar a tese jurídica de um precedente está na sua fundamentação, na medida em que são as razões que embasaram o provimento jurisdicional, que levaram à fixação do dispositivo. A interpretação do precedente deve envolver a análise da decisão judicial como um todo, desde o relatório até a parte dispositiva. Contudo, o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação, de modo que não basta olhar somente à sua parte dispositiva.

Trata-se da teoria do *stare decisis*, que prevê a *eficácia vinculante da ratio decidendi dos precedentes judiciais*.

O *stare decisis*, entendido como precedente de respeito obrigatório, corresponde à norma criada por uma decisão judicial e que, em razão do status do órgão que a criou, deve ser obrigatoriamente respeitada pelos órgãos de grau inferior. O *stare decisis* constitui uma teoria relativamente nova. Os juízes que operam nesse sistema sempre tiveram que respeitar o direito costumeiro, mas apenas de uns tempos para cá é que passaram a obedecer aos precedentes judiciais. Isso não significa, obviamente, que os juízes não possam superar tais precedentes. E mais, vale ressaltar que a utilização dos precedentes judiciais – pelo menos no modelo romano germânico – não tem o condão de revogar as leis já existentes. A rigor, a atividade dos juízes e dos tribunais é interpretativa, e não legislativa. Assim, por mais que haja omissão ou que a lei preexistente não atenda às peculiaridades do caso concreto, o Judiciário não poderá se substituir ao Legislativo. Na prática, contudo, não é o que se verifica. Em nome de determinados princípios, aplicados sem qualquer explicação sobre a sua incidência ao caso concreto, o julgador se afasta completamente da lei, criando com suas decisões

verdadeiras normas jurídicas.

Assim, a *adoção de um sistema de precedentes judiciais*, embora profícua e desejada, *deve observar estes limites e esclarecimentos*, a fim de que exageros sejam contidos ou devidamente eliminados do âmbito de aplicação do direito.

No *sistema jurídico-processual brasileiro*, a expansão das cláusulas gerais processuais, atribuindo mais poder ao juiz, a objetivização do controle difuso de constitucionalidade e do recurso extraordinário, bem como a adoção das súmulas vinculantes, de julgamentos por amostragem, do incidente de demandas repetitivas são alguns dos mecanismos processuais capazes de evidenciar a valorização das decisões judiciais no ordenamento nacional.

Antes, porém, já a partir da Constituição da República de 1988, diante da garantia de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e da previsão de uma série de políticas públicas de inclusão social, o processo civil começa a ser dimensionado não apenas para resolver conflitos individuais e privados; *surge à visão do processo como instrumento de efetivação de direitos fundamentais, de interesses coletivos e do interesse público*.

O efeito colateral foi a *inflação de ações ajuizadas* perante o Poder Judiciário, ampliando-se a litigiosidade coletiva e repetitiva, restando evidenciada a *morosidade na prestação da tutela jurisdicional efetiva*, o que chegou a repercutir o descrédito também em relação ao Poder Judiciário, debilitando a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Felizmente, com o intuito de reduzir a morosidade do Poder Judiciário (*garantia da duração razoável do processo*), a imprevisibilidade das decisões e a instabilidade da jurisprudência (*garantia da segurança jurídica e da isonomia*), bem como evitar a transformação dos Tribunais Superiores em instâncias revisionais, o legislador promoveu diversas e sucessivas reformas processuais, de modo a valorizar os efeitos vinculantes e/ou impor a observância aos precedentes judiciais, em nítido *processo*

de padronização decisória.

Por exemplo, antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, apenas as decisões judiciais decorrentes do controle concentrado de constitucionalidade possuíam efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes*, o que foi modificado com a Reforma do Judiciário. A referida emenda constitucional criou institutos e mecanismos, como a súmula vinculante e a repercussão geral no recurso extraordinário, que revelam o propósito do legislador constituinte derivado de atribuir *efeito vinculante aos enunciados de súmula e padronizar o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.*

Aliás, os enunciados de súmula sem força vinculante, criados por sugestão do ex Ministro do STF *VICTOR NUNES LEAL*, com a finalidade de facilitar o trabalho dos juízes e dos advogados, na medida em que o entendimento dominante da jurisprudência do Tribunal estaria em pequenos textos sumarizados, dispensando a pesquisa nas decisões anteriores acerca de determinada questão de direito, foram insuficientes para conter o grande número de recursos e resolver as divergências de interpretação. A morosidade do Judiciário e insegurança jurídica continuavam.

Assim, a Emenda Constitucional nº 45/2004, criou a possibilidade do Plenário do Supremo Tribunal Federal editar enunciados de súmulas vinculantes (art. 103-A da Constituição da República de 1988 e, posteriormente, também regulada pela Lei nº 11.417/2006), que vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal ao entendimento da Corte Suprema.

E mais, note-se que o legislador infraconstitucional, visando a dar efetividade aos enunciados de súmulas e a reduzir o número de recursos nos Tribunais, estabeleceu o procedimento de inadmissão de recurso destinado a impugnar *decisum* que esteja em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

O instituto da repercussão geral no recurso extraordinário, instituído na Emenda Constitucional nº 45/2004 e regulamentado pela Lei nº 11.418/2006, estabeleceu a padronização das decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em controle incidental de constitucionalidade. Nos recursos extraordinários, apesar do controle de constitucionalidade ser difuso, a análise da constitucionalidade é feita em tese (de forma abstrata), de modo a orientar os demais Tribunais a adotar o mesmo entendimento. Tal sistemática provocou a ideia de *mudança constitucional acerca dos efeitos das decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade*, posto que estas decisões são dotadas de efeitos obrigatórios e gerais, conforme ocorre com as decisões firmadas em controle concentrado de constitucionalidade, o que, nessa linha, reduz ainda mais a aplicação do art. 52, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conferindo ao Senado Federal apenas papel de dar publicidade à decisão de inconstitucionalidade, em sede de controle difuso, declarada definitivamente pelo STF.

Já nos dias de hoje e no âmbito exclusivamente legal, observa-se que a Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, bem como o relatório do Deputado Federal *PAULO TEIXEIRA*, são claros no sentido de que um dos propósitos da reforma processual legislativa foi conferir expressamente *força vinculante aos precedentes judiciais*.

Com efeito, cabe apresentar as disposições constantes do art. 927 do Novo Código de Processo Civil brasileiro (*Lei nº 13.105 de 2015*) e a atual relevância dos precedentes judiciais no Brasil:

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal

em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no *art. 10* e no *art. 489, § 1º*, quando decidirem com fundamento neste artigo.”

Por outro lado, note-se que a importância conferida aos precedentes judiciais, além de estar alinhada com a segurança jurídica presente em qualquer Estado Democrático de Direito, deve *voltar-se ao emprego de técnicas e instrumentos aptos a garantir a adaptabilidade e a modulação das decisões judiciais ao caso concreto, evitando o retrocesso social e, ao mesmo tempo, assegurando o desenvolvimento econômico*. Trata-se de conferir uma *perspectiva consequencialista e pragmática* às decisões judiciais, teses jurídico-filosóficas a serem descortinadas ao longo deste ensaio.

III – TÉCNICAS DE CONFRONTO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: DISTINGUISHING, OVERRULING E OVERRIDING

A respeito das técnicas de superação de precedentes judiciais, merece destaque o *distinguishing*: ocorre quando o *caso concreto em julgamento apresenta particularidades que não permitem aplicar adequadamente a jurisprudência do tribunal*.

Constatando-se que os fatos motivadores do precedente judicial são distintos daqueles fatos existentes no caso sob julgamento, o juiz pode: (i) dar à *ratio decidendi* (razão de decidir) uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), julgando o processo livremente, sem vinculação ao precedente; ou (ii) estender ao caso *sub exame* a mesma solução conferida ao precedente judicial, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*).

O ex Ministro do STF *EROS GRAU* destaca a existência de relevante “distinção entre normas jurídicas e a norma de decisão”.¹⁰ O aplicador do Direito deve fazer a diferenciação entre a solução que se mostra adequada ao caso concreto que julgará, mediante a elaboração de uma *norma de decisão*, e o espectro fático alcançado pela norma jurídica, resultante da norma de interpretação.

O Supremo Tribunal Federal (STF), corte constitucional brasileira, utiliza largamente a técnica *distinguishing*, até mesmo para *afastar a incidência de súmula vinculante decorrente de sua jurisprudência*.

Por exemplo, note-se o *afastamento do enunciado da Súmula 691*¹¹ para que a Corte suprema possa conhecer *habeas corpus* contra decisão monocrática, proferida por Ministro do Superior Tribunal Justiça, indeferindo medida liminar. Apesar de o Supremo Tribunal Federal *reafirmar a higidez de sua jurisprudência e do conteúdo de sua súmula, excetua o caso concreto de sua incidência*, diante de ilegalidade flagrante.

No emblemático caso do HC 85.185¹², o STF foi provocado por meio de um *habeas corpus* impetrado em favor de conhecido empresário brasileiro, e cujo objeto da impetração era uma decisão monocrática de ministro do Superior Tribunal de Justiça que indeferira liminar em *habeas corpus*. O caso originário era uma ação penal por crime tributário, carente de materialidade, devido à existência de recursos administrativos, pendentes de apreciação, impugnando o lançamento do crédito tributário. A decisão monocrática do STJ, indeferindo a liminar, contrariava frontalmente a interpretação já pacificada pelo Supremo no sentido de que, no caso concreto, não há que cogitar

¹⁰GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

¹¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. SÚMULA 691. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

¹²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF – HC 85185. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

de crime.

A rigor, o STF poderia aplicar a Sumula nº691, deixando de conhecer o *habeas corpus* ou poderia cancelá-la e conhecer do *habeas corpus*, opção esta de cancelamento de súmula descartada, pois não atenderia o anseio da Corte constitucional, consistente em impedir a impetração de inúmeros *habeas corpus* ilegítimos, mesmo quando não se estivesse diante de uma ilegalidade flagrante.

Assim sendo, constatando a importância de se manter a súmula, mas a necessidade de excecioná-la no caso concreto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal *GILMAR MENDES* propôs expressamente a aplicação do *distinguishing*, de forma a não se cancelada a súmula, mas admitir a impetração do *habeas corpus* naquele caso excepcional, considerada a particularidade de ser flagrante a ilegalidade perpetrada em desfavor do paciente.

Embora a sua proposta não tenha sido aceita naquele julgamento, prevalecendo a nova proposta do então Ministro do STF *CEZAR PELUSO* no sentido de reafirmar o conteúdo da súmula, não conhecer do *habeas corpus* impetrado, mas conceder a ordem de ofício ao paciente; na prática, como afirmou o Ministro *GILMAR MENDES* durante os debates: “*não houve nenhuma diferença substancial entre as duas propostas*”.

Outro *leading case* envolvendo o *distinguishing*, refere-se à nomeação para cargo político e à aplicação da Súmula nº 13 “vedação ao nepotismo” do STF.

Recentemente, o Ministro do STF *LUIZ FUX* determinou o prosseguimento de ação civil pública, por ato de improbidade administrativa, proposta pelo Ministério Público de São Paulo (MP-SP) contra o prefeito afastado da cidade de Campina do Monte Alegre (SP). Acusado da prática de nepotismo, Orlando Dozinete Aleixo nomeou o sobrinho para o cargo de secretário municipal de administração, planejamento e finanças, e o cunhado para o cargo de secretário municipal de segurança pública e trânsito.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) extinguiu a ação pública, sem resolução de mérito, alegando impossibilidade jurídica do pedido, sob o entendimento de que a Súmula Vinculante nº 13 do STF (que veda o nepotismo) não se aplica aos cargos de natureza política, como os cargos de secretários, questionados na ação. Na Reclamação (RCL) 17102¹³ ajuizada no Supremo, o MP-SP alegou que a interpretação dada pelo TJ-SP à SV nº 13 estaria equivocada.

Ao julgar procedente a reclamação e determinar que a ação civil pública contra o prefeito afastado retome seu curso, o Ministro *LUIZ FUX*, embora tenha reafirmado a aplicação da Súmula como consequência lógica dos princípios da moralidade e da impessoalidade (caput do art. 37 da CRFB-88), abriu espaço à reflexão e à aplicação do *distinguishing*.

O Ministro *LUIZ FUX* lembrou que, nesses casos, a configuração ou não do nepotismo deve ser analisada caso a caso:

“Nessa seara, tem-se que a nomeação de agente para exercício de cargo na administração pública, em qualquer nível, fundada apenas e tão somente no grau de parentesco com a autoridade nomeante, *sem levar em conta a capacidade técnica para o seu desempenho de forma eficiente, além de violar o interesse público, mostra-se contrária ao princípio republicano*” (grifo nosso)

Citando precedentes como a RCL 17627 (de relatoria do Ministro do STF *LUIS ROBERTO BARROSO*), a RCL 11605 (do Ministro do STF *CELSO DE MELLO*), o Ministro *LUIZ FUX* enfatizou que, quanto aos cargos políticos, deve-se analisar, ainda, se o agente nomeado possui a qualificação técnica necessária ao seu desempenho e se não há nada que desabone sua conduta.

Por fim, o Ministro *LUIZ FUX* acrescentou, ainda, a existência da Proposta de Súmula Vinculante nº 56 do STF, a ser analisada pelo Plenário, cujo a redação é a seguinte: “*nenhuma*

¹³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. RCL 17102. Disponível em <http://www.stf.jus.br>

autoridade pode nomear para cargo em comissão, designar para função de confiança, nem contratar cônjuge, companheiro ou parente seu, até terceiro grau, inclusive, nem servidores podem ser nomeados, designados ou contratados para cargos ou funções que guardem relação funcional de subordinação direta entre si, ou que sejam incompatíveis com a qualificação profissional do pretendente”.

Definitivamente, a técnica de superação judicial mediante *distinguishing*, mesmo acarretando norma de decisão aparentemente contrária à vigente norma de interpretação, mantém e reafirma o precedente judicial (norma de interpretação), ainda que inaplicável a determinado caso concreto.

Na visão de *FREDIE DIDIER JR*¹⁴, fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades, no caso em julgamento, afastam a aplicação concreta da decisão judicial paradigmática, por sua vez, não é extirpado do sistema de precedentes, continua válida.

Assim, percebendo o magistrado que há distinção entre o caso em análise e aquele que ensejou o precedente, pode restringi-lo, dando uma interpretação restritiva, por entender que as peculiaridades do caso concreto impedem a

aplicação da tese jurídica consagrada no precedente, julgando o caso concreto livremente. Há, nessa hipótese, *restrictive distinguishing*.

De igual modo, mesmo percebendo que no caso concreto há peculiaridades em relação aos casos anteriores, pode o

¹⁴ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, v. 2, Salvador: Juspodivm

magistrado estender à hipótese *sub judice* a mesma solução conferida aos casos anteriores, por lhe entender aplicável. Há, nessa hipótese, *ampliative distinguishing*.

Tal técnica sepulta, definitivamente, a idéia de que o juiz, diante de um sistema de precedentes, se torna um robô, sem qualquer opção, a não ser aplicar ao caso concreto a solução dada por outro órgão jurisdicional. Observe-se que o magistrado somente ficará “*engessado*” se preferir não exercer a função externa da motivação, extremando os seus motivos de decidir, interpretando a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à hipótese normativa, bem como verificando a adequação da situação posta ao precedente.¹⁵

Já o *overruling* significa *mudança de regra, ruptura de norma de interpretação, alteração de paradigma judicial*, ocorrendo quando o Tribunal, ao julgar caso específico, percebe a imperiosa necessidade de revisitação e mutabilidade de sua jurisprudência até então fixada.

Tal alteração de jurisprudência pode decorrer de alguma *mudança normativa do ordenamento jurídico* ou da *evolução de circunstâncias fáticas e históricas*. Este último caso é comum nas hipóteses de interpretação constitucional evolutiva, ou mais propriamente, mutação constitucional ou mesmo legal, quando se altera o sentido da norma jurídica sem a alteração do correspondente texto constitucional ou legal que lhe dava suporte.

Além disso, o Tribunal deve ter sempre o cuidado de observar se a mudança do precedente judicial consagrado pode já valer para o caso concreto, e para todos os casos futuros, ou se é necessário o *respeito à segurança jurídica e o conseqüente emprego da modulação dos efeitos temporais da nova decisão judicial*, tal como a Lei 9.868 de 1999 previu para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

¹⁵ _____. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, v. 2, Salvador: Juspodivm

Em outras palavras, é possível recorrer ao *prospective overruling*, *mudança prospectiva de regra*, apenas para o futuro, *ex nunc*. Apesar de reconhecer a alteração do precedente judicial, o Tribunal deixa de aplicá-lo àquele caso concreto, mantendo a aplicação da jurisprudência, até então firmada, aos fatos pretéritos, mas sinalizando a alteração de orientação do Tribunal destinada aos casos futuros.

Nesse sentido, cabe destacar a aplicação prática da técnica *prospective overruling*, ocorrida no âmbito do *juízo da tese sobre a inelegibilidade do chamado “prefeito itinerante”*. Ao julgar o Recurso Extraordinário 637.485, o Supremo Tribunal Federal ratificou a interpretação constitucional evolutiva promovida pelo Tribunal Superior Eleitoral. Os prefeitos reeleitos, e que transferissem o domicílio eleitoral para cidades vizinhas, buscando disputarem um terceiro mandato consecutivo, seriam considerados inelegíveis. Contudo, o Supremo fixou essa nova orientação apenas para o próximo embate eleitoral.

A aplicação da prospecção dos efeitos quando da mudança da regra, ou mais propriamente, o *prospective overruling*, para que somente em eleições futuras a nova norma seja aplicada, é essencial para o Direito Eleitoral. Isto porque os candidatos são convidados a participar da disputa eleitoral pelas regras vigentes naquele momento, não sendo razoável surpreendê-los, depois do jogo eleitoral disputado, com a alteração das chamadas “normas de interpretação”, no caso, das decisões judiciais paradigmáticas.

Da mesma forma, sempre que houver *alteração de definição de regra de competência*, ocorrendo alteração da norma de interpretação mesmo sem alteração do texto normativo, é recomendável a prospecção dos efeitos da interpretação evolutiva, de modo a resguardar os atos pretéritos de eventuais nulidades. Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal no Conflito de Competência nº 7204:

“O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica,

atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto.”¹⁶

Portanto, ainda que se reconheça a existência de razões de autoridade que militam a favor da vinculação ao precedente judicial - visualizando o precedente como uma fonte normativa, norma de interpretação que encontra sustentação tanto nessas razões de autoridade quanto em argumentos puramente racionais - essas razões não podem ter força absoluta: o poder de estabelecer o *case law* deve englobar também o de revisá-lo, aperfeiçoá-lo, viabilizar sua evolução, ainda que sob certos limites.

Assim, apesar de os fatos relevantes do precedente judicial serem semelhantes de determinado caso *sub judice*, é possível que o juiz queira decidir de outra maneira, por entender que a valoração dessas circunstâncias foram alteradas.

A força vinculante do precedente não impede que uma determinada tese dominante, antes sedimentada, possa ser superada, passando-se a um novo processo de "normatização pretoriana". A mutação progressiva de paradigmas de um determinado episódio da vida, dotado de relevância jurídica, sempre veio imposta pela historicidade da realidade social, constituindo mesmo uma exigência de justiça.

Contudo, a decisão que promover a superação do precedente judicial (overruling) exige como pressuposto maior ônus argumentativo, uma fundamentação precisa, suscitando argumentos ainda não analisados, bem como apresentando uma justificação complementar acerca da necessidade de superação do precedente.

THOMAS BUSTAMANTE cita *J. W. HARRIS*, na obra *Towards principles of overruling – When should a final court of*

¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. – CC 7204. Disponível em <http://www.stf.jus.br>

appeal secondguess?,¹⁷ ao descrever ser a finalidade da Corte a unificação do Direito, não justificando alterar o entendimento se não foram alegadas novas razões relevantes, de modo a assegurar a definitividade das questões jurídicas.

E mais, o princípio do respeito ao legislador impõe à Corte o dever de não revogar seus próprios precedentes quando o Poder Legislativo já tiver aderido ao entendimento, tendo revestido a decisão como norma de direito positivo. Por fim, *J. W. HARRIS* ressalta a regra de vinculação ao caso concreto, determinando que a Corte somente revise o Direito onde há uma disputa concreta, vedando a prática do *overruling* à debates meramente acadêmicos.

Logo, constata-se que o *overruling* é uma técnica excepcional, que se compatibiliza com a força vinculante em sentido forte do precedente judicial; tanto que, para superá-lo, é necessário um discurso de justificação normativa.

O *overriding*, por sua vez, ocorre quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. Há, a rigor, uma superação parcial, semelhante a uma revogação parcial da lei.

Portanto, cumpre registrar que o *overruling* e *overriding* são técnicas que impedem a petrificação do direito, arejando o sistema e o mantendo atualizado. Nessa feita, permite a inafastável flexibilidade do ordenamento jurídico, indispensável à evolução e ao progresso do direito.¹⁸

Note-se que o *Novo Código de Processo Civil brasileiro prestigia essas técnicas de distinção e superação de precedentes judiciais*:

“Art. 927. (...)

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de

¹⁷ cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial*. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

¹⁸ LOURENÇO, Aroldo. *Precedente judicial como fonte do direito*: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Artigo disponível em <http://www.agu.gov.br>.

súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Sob o influxo dos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança legítima e da isonomia, o ordenamento brasileiro atribui expressa força vinculante às decisões judiciais dos Tribunais Superiores conforme se revela no âmbito da sistemática dos recursos repetitivos, da tendência de valorização crescente do uso de julgados como se fossem os precedentes do *common law* e da necessidade de criação de técnicas de julgamento vocacionadas à padronização decisória.

Apesar de prever a aplicação vinculativa e/ou impor a observância do precedente judicial, o sistema processual brasileiro, como se observa, possibilitou a *aplicação da técnica de distinção dos precedentes (distinguishing), bem como de sua superação (overruling e overriding)*, de modo a assegurar as garantias fundamentais do acesso à Justiça, do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da fundamentação. Em atenção ao princípio da segurança jurídica, deve-se também possibilitar a atribuição dos efeitos prospectivos, no caso da superação de um entendimento consolidado, diante da confiança justificada que existia em relação ao precedente.

No Brasil, o alto índice de litigiosidade, o congestionamento processual e os entraves materiais e formais a uma prestação de mérito e exequível situam o processo numa crise

estabelecida na função jurisdicional. Há, sem dúvida, a necessidade de buscar soluções para que o imperativo constitucional da razoável duração do processo, consagrado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, seja cumprido.

Neste sentido, o cidadão, como destinatário das normas jurídicas produzidas pelos atos legislativos, jurisdicionais e executivos, tem o direito de ter conhecimento prévio acerca do ordenamento jurídico a que está sujeito, bem como ter a expectativa de que as consequências jurídicas previstas para determinada conduta sejam mantidas. Tal é o valor da segurança, indispensável ao convívio social harmonioso e civilizado que se verifica a necessidade de os órgãos jurisdicionais uniformizarem a interpretação acerca de determinada questão de direito, após o devido processo legal de discussão das teses jurídicas, com amplo contraditório entre as partes.

A falta de uniformização da interpretação judicial implica, inclusive, em descrédito quanto ao Poder Judiciário, na medida em que os jurisdicionados não têm confiança na manutenção das decisões judiciais e os juízes de instância inferior não respeitam o entendimento de órgão mais qualificado, o que compromete a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Portanto, conclui-se que, embora os precedentes sejam, em geral, universais, sua validade não se dá na base do “*tudo ou nada*”, como acontecem geralmente com os atos decorrentes de procedimentos formais. Sua validade é operada por meio de forças ou pesos, o que o faz ser ou deixar de ser aplicado em determinados casos, sob a influência de determinadas circunstâncias. O propósito da adoção de um *sistema de precedentes judiciais* é oferecer soluções iguais para casos idênticos e decisões semelhantes para demandas que possuam o mesmo fundamento jurídico, *evitando, assim, a morosidade do Judiciário e a instabilidade jurídica.*

III – A INTERLIGAÇÃO DO DIREITO E DA ECONOMIA

SOB A PERSPECTIVA DA FILOSOFIA. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Durante algum tempo o debate polarizado entre Direito e Economia impregnava o ambiente acadêmico:

“Enquanto a eficiência se constitui no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores de Direito (...) é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, toda ação racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Essa diferença significa, basicamente, que o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas” STIGLER, George. “Law or Economics?”¹⁹.

Nos tempos atuais onde a cadeia produtiva está cada vez mais globalizada e internacionalizada, *“abre-se espaço para a incursão da teoria econômica na teoria jurídica. Cria-se de fato, um ambiente propício à transposição de critérios, categorias e classificações econômicas para a teoria jurídica, na medida em que se reconhece que, funcionalmente, Direito e Economia têm o mesmo destino, delineado pela Ordem Constitucional”*²⁰

Deve-se conferir ênfase a *perspectiva consequencialista e pragmática*, defendida por RICHARD POSNER, que alerta para uma concepção “interessada nos fatos e também bem informada sobre a operação, propriedade e prováveis efeitos de custos alternativos de ação”²¹

A atual análise econômica do Direito considera as instituições legais não como exógenas ao sistema econômico, mas como variáveis pertencentes a ele e analisa os efeitos de mudanças em uma ou mais destas variáveis sobre elementos do sistema. Essa aproximação é pleiteada não apenas para regras legais com óbvias conexões com a realidade econômica, como Direito da

¹⁹ The Journal of Law and Economics, v. 35, n. 2.

²⁰ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2002.

²¹ POSNER, Richard. *Overcoming Law*, 1996.

Concorrência, Regulação Industrial, Direito do Trabalho e Direito Tributário, mas também para todas as demais áreas do Direito.

A análise econômica do direito, como método de aplicação dos parâmetros econômicos no exame da formação, estrutura, processos e demais impactos no Direito e nas instituições legais, surgiu inicialmente nos EUA, podendo-se identificar as suas primeiras diretrizes na economia clássica de *ADAM SMITH* (com o lançamento do livro “A riqueza das Nações” em 1776), no utilitarismo de *JEREMY BENTHAM*, no realismo jurídico de *OLIVER HOLMES* e no pragmatismo-consequencialista de *RICHARD POSNER*.

O objeto de estudo na teoria clássica de *ADAM SMITH* era a análise das leis que regulavam os mercados, notadamente aquelas que se relacionavam diretamente à atividade econômica.

Já em *JEREMY BENTHAM*, o escopo de estudo dentro da área da análise econômica do direito foi ampliado e constituía-se em todas as regras que regulavam o comportamento. Essa diferença de focos de estudo em um momento e outro se explica pelo aprimoramento das técnicas de análise e da própria economia, além do surgimento de outras teses filosóficas, como o *utilitarismo e o realismo*.

Certamente, marco transformador na análise econômica do direito foi a teoria da maximização do bem-estar propagada por *JEREMY BENTHAM*:

“[...] desacreditar dogmas tradicionais e se tornou conhecido por sua aversão a grupos teológicos e metafísicos de pensamento. [...]. Bentham definiu um objetivo legislativo e tentou que o mesmo prevalecesse na política. Seu modelo comportamental era claramente hedonista: “A natureza colocou a humanidade sob a governança de dois mestres soberanos, dor e prazer”. Uma vez que a “utilidade” tinha sido determinada sobre esse fundamento, era tarefa do legislador maximizá-la: “... a felicidade dos indivíduos, pelos quais a comunidade é composta... é o fim e o único fim que o legislador deve ter em sua

visão”.²²

O filósofo utilitarista acreditava que o direito deveria alcançar sua maior utilidade possível, e que, portanto, o sistema jurídico e o direito deveriam ser passíveis de transformações utilitaristas. A finalidade do direito para *JEREMY BENTHAM* era a no sentido de as normas jurídicas proporcionarem a maior felicidade possível para o maior número de pessoas:

“(.) a felicidade era homogênea, independentemente de indivíduos e poderia ser comparada e medida em uma escala cardinal. A ideia de medição cardinal de utilidade manteve sua influência dos trabalhos de Bentham passando por Arthur Cecil Pigou e continuou até as comparações ordinais de utilidade, o que caracterizou o movimento de Direito e Economia. O fator mais decisivo foi a convicção que estimativas sobre a utilidade individual são uma melhor aproximação do que qualquer alternativa, o que é compartilhado entre utilitaristas e a análise econômica do direito. Em muitos casos, a implementação prática dessa ideia significava que a utilidade deveria ser transformada em valor monetário, o que é muitas vezes feito no Direito e Economia moderno e também pode ser encontrado em Bentham.”²³

Na década de 20 do século passado, o aprimoramento dos estudos do utilitarismo deu corpo à uma nova teoria: a do realismo jurídico que teve como principal precursor *OLIVER WENDELL HOLMES*. Tal teoria buscou combater o pensamento jurídico clássico (*HANS KELSEN – A Teoria Pura do Direito*) que defendia o caráter intocável da ciência do direito, segundo o qual seria um ramo autônomo às outras demais ciências.

O realismo jurídico foi potencializado nos Estados Unidos da América. O caso *Lochner v. New York* (198 U.S. 45), de

²² GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. *A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão*. Trad. Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro. In SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). Direito e Economia. Textos Escolhidos. Ed. Saraiva. 2010.

²³ _____. *A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão*. Trad. Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro. In SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). Direito e Economia. Textos Escolhidos. Ed. Saraiva. 2010.

1905, observado o voto vencido do Juiz *OLIVER WENDELL HOLMES JR.*, é o *leading case* envolvendo o início da *derrocada do conservadorismo jurídico e da ascensão do realismo*.

A lei do Estado de Nova York havia proibido a contratação de padeiros para trabalhar por mais de 70 (sessenta) horas semanais, ou mais de 10 (dez) horas diárias. A lei foi pensada a partir do poder de polícia, por meio do qual o intervencionismo justificava-se em nome da defesa daqueles economicamente hipossuficientes. Joseph Lochner era o proprietário de pequena padaria especializada em bolos e tortas, na cidade de Utica, no estado de Nova York e contratou padeiros em regime de trabalho superior ao número de horas estipulado pela legislação estadual e, por isto, foi multado pelo Estado.

Lochner levou a questão ao Judiciário norte americano, tendo perdido no estado de Nova Iorque, mas acabou por levar a questão à Suprema Corte que, por maioria, entendeu ser a lei uma espécie de abuso da intervenção do Estado na economia, ingerência estatal sobre o direito de contratar ilimitado em uma sociedade liberal.

Ora, não se concebia direito ao Estado interferir em matéria de direito de trabalho e no campo sagrado da liberdade contratual. Portanto, a limitação das horas de trabalho no estabelecimento empresarial não seria alcançada pela norma.

Embora a decisão tenha adotado a tese de separação entre direito e economia numa vertente conservadora do direito até então dominante, a discussão levada à Suprema Corte e o voto vencido do Juiz *OLIVER WENDELL HOLMES JR* anunciavam a necessidade de aproximação entre o direito e a economia, bem como a chegada do realismo jurídico:

“(…). Esse caso é decidido com base em uma teoria econômica com a qual não concorda uma parte das pessoas desse país. Se fosse uma questão de saber se eu concordo (ou não) com essa teoria, eu deveria estudá-la, e deveria estudá-la profundamente, antes de firmar minha posição. (...)”²⁴

²⁴ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Disponível em:

A partir de tal provocação na Suprema Corte, percebeu-se a falência da interpretação meramente formal do direito, do positivismo exacerbado e do apego a *laissez-faire* (leis do mercado regulando a economia), abrindo-se espaço ao realismo jurídico no sentido de que *o direito não é um valor em si mesmo, mas sim um instrumento interdisciplinar destinado ao cumprimento de determinados objetivos de vida.*

Em 1930, foi introduzida a disciplina da Análise Econômica do Direito na Universidade de Chicago-EUA. No entanto, nesse início o objeto de estudo da disciplina concentrava-se apenas em áreas, do direito e da economia, diretamente ligadas: o direito comercial, o direito antitruste, o direito tributário e o direito da regulação.

A denominada Escola Institucionalista surgiu fundamentalmente da crítica ao tratamento inadequado destinado aos fenômenos econômicos pela teoria ortodoxa. Para os institucionalistas, essa deficiência resultava, sobretudo, da incompreensão e subestimação da importância do papel das instituições reguladoras do ambiente econômico. Embora tenha raízes mais antigas, que remetem ao historicismo econômico alemão, a Escola Institucionalista adquiriu seu marco enquanto escola de pensamento econômico independente a partir do trabalho pioneiro dos autores norte-americanos *VEBLER, COMMONS E MICHEL.*

A partir de meados da década de 60, ganha força renovada nos EUA a chamada Nova Economia Institucionalista, centrada nas figuras de *COASE, WILLIAMSON E NORTH,* com objetivo de suprir as deficiências da corrente clássica, em particular no tratamento dispensado à compreensão do funcionamento de empresas e mercados.

O entendimento dos autores da Nova Escola Institucionalista é o de ser impossível obter um funcionamento perfeito dos mercados dado que a incerteza em relação ao futuro não pode ser tratada adequadamente por modelos probabilísticos, tal

como pretende a teoria clássica.

Tal incerteza é gerada por uma série de fatores inerentes a qualquer tipo de organização social, já que constituem elementos presentes na base das relações de troca entre os agentes, dentre outros: (i) a racionalidade limitada dos agentes, que os impede de tomar continuamente ao longo do tempo decisões maximizadoras de bem estar; (ii) o comportamento oportunístico dos agentes, que os motiva a agir de modo a obter benefícios às expensas de outros agentes com os quais se relacionam; (iii) a assimetria de informações, que implica num acesso desigual dos agentes às informações pertinentes à troca por eles realizada, impedindo que ela se dê da maneira mais vantajosa do ponto de vista da sociedade e; (iv) a impossibilidade de contratos completos (que sejam capazes de prever toda a gama de eventos possíveis num ambiente de incerteza).²⁵

Ora, tal incerteza e insegurança do ambiente empresarial deve ser minimizada ou até mesmo extirpada por meio da adequada aplicação do direito.

No Brasil, na linha do FCPA e de Convenções internacionais de *combate à corrupção empresarial*, foi editada a Lei nº 12.846 de 2013 destinada a garantir um *ambiente empresarial ético e de completa probidade*.

A propósito, Ronald Coase, economista da Universidade de Chicago, desenvolveu, em 1960, um estudo denominado de “O Problema do Custo Social”²⁶, o que lhe garantiu, posteriormente, a indicação e a obtenção do Prêmio Nobel de Ciências Econômicas em 1991.

Na década de 1970, observa-se mais um marco

²⁵SILVA FILHO, Edson Benedito. *A teoria da firma e a abordagem dos custos de transação*: Elementos para uma crítica institucionalista. PESQUISA & DEBATE, SP, volume 17, 2006.

²⁶ *The Problem of Social Cost*. Esse artigo foi publicado em outubro de 1960, por Ronald Coase, no *Journal of Law and Economics*. No Brasil, o artigo foi traduzido e revisado pelos professores Luciano Benetti Timm, Antonio José Maristrello Porto e Marcelo Lennertz (Escola de Direito FGV — Rio).

acadêmico transformador, guiado por *GARY BECKER* e *RICHARD A. POSNER*, que passaram a influenciar a doutrina e o sistema jurídico norteamericano e mundial.

RICHARD A. POSNER discute as conseqüências da aplicação do direito em relação à economia. “*Não existem entidades conceituais; o significado de uma ideia não está em sua definição, sua forma, sua relação com outras ideias, está, antes, em suas conseqüências para o mundo dos fatos*”.²⁷

Nessa mudança do entendimento do que é o direito, bem como do próprio paradigma de atuação dos aplicadores jurídicos, *RICHARD A. POSNER* sustenta a retomada do fato, ou seja, a preocupação do direito pelo fato²⁸

Ainda de acordo com *RICHARD A. POSNER*, *as decisões judiciais devem observar, casuisticamente, o melhor aproveitamento do direito, se utilizando da Análise Econômica do Direito, bem como aplicando o que se convencionou chamar de pragmatismo:*

“O direito tem seu olhar voltado para o futuro. Isso fica implícito em um conceito instrumental das leis – que é o conceito pragmático do direito, o direito como servo das necessidades humanas. ‘O principal não é a origem, mas o fim. Não pode haver sabedoria na escolha de um caminho, amenos que saibamos onde ele vai dar. (...) A norma que funciona bem produz uma escritura de posse do reconhecimento. (...) O princípio último da seleção dos juizes (...) é o da adequação a um fim’.”²⁹

Abandona-se a idéia de que o direito é pré-existente e deve ser descoberto, para que possa ser encarado como objeto de criação e utilizado para um fim específico. Assim, não se abandona ou se torna hostil, por completo, à ciência do direito, o que ocorre é a mudança de foco. A visão deve mirar o futuro,

²⁷ POSNER, Richard. *Problemas da filosofia do direito*. Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁸ _____. *Problemas da filosofia do direito*. Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁹ _____. *Problemas da filosofia do direito*. Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

transformando o direito em um empreendimento social, abandonando a análise exclusivamente pretérita. Assim, com caráter de previsão, o direito passa a ser utilizado como objeto para o fim específico de maximização da riqueza.

Com a transformação da compreensão de direito e o surgimento da Análise Econômica do Direito, *há a substituição do conceito de justiça por pressupostos próprios da economia.*

IV – A QUALIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA AFERIDA PELOS CRITÉRIOS DO DIREITO E DA ECONOMIA. EFICIÊNCIA E ECONOMICIDADE.

O conceito de justiça passa a acolher o conceito neoclássico de eficiência e economicidade:

[...] a análise econômica do direito reconhece a imperfeição do pensamento jurídico tradicional, tanto no referente a objetivos como métodos de estudo mas, [...], sustenta que as análises e justificações doutrinárias podem ser completadas pela análise econômica, para conseguir maior objetividade e precisão na tomada de decisões. Noutros termos, que *o valor econômico da eficiência ou o princípio da maximização da riqueza podem ser usados pelos juízes como standard ético para determinar quando uma decisão particular pode considerar-se justa.* Mais ainda, “que existe uma racionalidade subjacente à Common Law baseada no *princípio da eficiência econômica*”³⁰. (grifo nosso)

Sem dúvida, intimamente ligado ao princípio da eficiência, figura o princípio da economicidade, que como destaca *DIOGO DE FIGEURIEDO MOREIRA NETO*: “embora referido a propósito da execução da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, deve ser recebido como um princípio geral do Direito Administrativo, em razão de sua amplitude no desempenho da administração pública interna”³¹

³⁰ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações.* In Direito, Estado e Sociedade. v. 9, n. 29. Jul/Dez 2006.

³¹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do Direito Público.* Renovar: Rio de Janeiro. 2006.

Revelando a aplicação dessa nova relação entre direito e economia, *EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA* afirma:

“a noção meramente subsuntiva ou declaratória do direito é própria dos sistemas jurídicos private Law oriented, ordenados pelo Direito Privado (próprio de uma época pré-industrial agrícola”, que permite que se considere o direito como um sistema fechado de conceitos, próprio de uma sociedade estática, mas que é inconciliável com a época atual de proliferação e predomínio do Direito Público, que exige que vejamos o Direito como processo aberto em função de finalidades e objetivos a alcançar; o Direito Público é um processo sem fim, uma indefinida sucessão de soluções parciais a questões políticas”³²

Os objetivos da atual análise econômica do direito se constituem em total desapego à ideia no sentido de que ciência jurídica é autônoma e desvinculada da ótica do crescimento econômico, veja-se nas palavras de *ALEJANDRO BUGALLO ALVAREZ*:

“A proposta de estudo interdisciplinar implica (a) a rejeição da ideia de autonomia da própria ciência jurídica consoante a proposta do formalismo na formulação de Langdell. Desta forma, retoma os postulados do realismo, isto é, a possibilidade do estudo científico da realidade jurídica desde o âmbito das ciências sociais, especificamente através da aplicação da teoria econômica à análise e evolução da realidade legal. Implica também (b) erigir a perspectiva e a ciência econômica como referencial analítico da regulação e do sistema jurídico, com o que se abre o discurso jurídico à realidade social e se realiza a integração entre ciência econômica e ciência jurídica superando os limites do formalismo e estabelecendo novo tipo de relação implicando: (i) que a interpretação e avaliação de uma norma realiza-se desde os pressupostos da teoria econômica; (ii) que a racionalidade de que se dota às normas e ao sistema jurídico em seu conjunto, é uma racionalidade do tipo econômico. Ainda, implica (c) colocar no centro dos estudos jurídicos os problemas relativos à eficiência do direito, ao custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins ou das consequências econômicas das intervenções jurídicas; bem como

³² ENTERRÍA, Eduardo García. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas. Madrid.

a (d) tentativa de reconstrução do discurso jurídico através de uma linguagem tecnocrática: (i) porque os destinatários desse discurso não são tanto os indivíduos e/ou grupos, mas os operadores jurídicos que partem de uma visão funcional e operacional do direito; (ii) porque a utilização das técnicas de análise custo-benefício e a reformulação das categorias tradicionais em categorias econômicas levam a priorizar o caráter tecnocrático do discurso; e (iii) porque o direito passa a ser compreendido como meio para atingir fins ou objetivos sociais, razão do instrumentalismo, resultante do movimento do realismo jurídico e do movimento do pragmatismo filosófico, bem como do movimento progressista. Por fim, implica o (e) instrumentalismo pragmático cujas principais características são: 1ª uma concepção essencialmente instrumental do direito entendido como o conjunto de meios sociais, de instrumentos que servem a objetivos determinados, que surgem, por sua vez, de necessidades e interesses Sociais externos ao direito uma forma de tecnologia, uma tecnologia social complexa; 2ª uma teoria do direito em que os juízes e operadores jurídicos são os verdadeiros protagonistas no processo de criação do direito; 3ª uma visão otimista da potencial eficácia do direito para mudar a sociedade; 4ª uma teoria do valor de marcado caráter utilitarista porquanto o direito existe para satisfazer necessidades ou interesses. Consoante Summers, a maioria destes teóricos consideravam que os valores e os objetivos das normas jurídicas devem derivar dos desejos e interesses reais da sociedade, quaisquer que eles sejam, num determinado momento. Desta forma, ao assumir a não comensurabilidade qualitativa das necessidades leva a postular a maximização do maior número de interesses ao menor custo., o que converge com as teses da AED. 5ª esta teoria instrumentalista do direito é o fundo ideológico da experiência jurídica do estado intervencionista nos EEUU. A concepção realista é o grande mecanismo para implementar as transformações demandadas pela sociedade americana: do modelo do *laissez faire* da Common Law para o Bem-estar e intervencionismo do New Deal: o sistema jurídico transforma-se num processo politicamente orientado à busca do interesse público geral, à maximização dos interesses do maior número através da legislação e a re-interpretação das doutrinas da

Common Law à luz dos novos valores instaurados.”³³

No âmbito constitucional brasileiro, a livre iniciativa constitui um dos fundamentos da República Brasileira e da ordem econômica, conjuntamente com os valores sociais do trabalho, na forma prevista nos inc. IV do art. 1º e art. 170, ambos da CRFB de 1988, o que pressupõe o livre exercício da atividade econômica e da atuação empresarial. Neste sentido, nos moldes previstos constitucionalmente confere-se à iniciativa privada, como atividade organizacional dos fatores de produção nacional, papel muito maior do que produzir e circular riquezas, mais do que isto, a atividade empresarial se presta como mecanismo de sustentação e transformação da ordem social, o que inegavelmente condiz com o seu poderio econômico social, atuando em atendimento ao art. 170, *caput* da Constituição que estabelece ser a *ordem econômica garantidora da dignidade humana e dos ditames da justiça social*.

Como se não bastasse, o emprego da *estreita conexão entre direito e economia* já está sendo capitaneada respectivamente pelo Tribunal de Contas da União e pelo Poder Judiciário brasileiro:

“A atuação estatal não deve mais ser balizada apenas pelos critérios de legalidade, moralidade e de impessoalidade. Exige-se que a gestão pública seja igualmente pautada pelos princípios da Eficiência e da Economicidade. A ênfase é dada na produtividade, na obtenção de resultados. Portanto, atuação administrativa legítima, nos dias atuais, será aquela que, além de realizar os princípios tradicionais da impessoalidade, legalidade etc., igualmente dê ênfase à obtenção de resultados políticos sob o ponto de vista da eficiência, da economicidade”³⁴

“(…) o que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos sendo *eficiente para com a própria administração*(…) Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas coma

³³ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações*. In Direito, Estado e Sociedade. v. 9, n. 29. Jul/Dez 2006.

³⁴TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Decisão nº765 de 1999 – Plenário. Disponível em Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>.

mera ordem legal, exige-se muito mais.”³⁵ (grifo nosso)

Em Portugal, não poderia ser diferente, conforme se infere dos artigos 58 e 80 da Constituição portuguesa, ao disciplinarem e enaltecere respectivamente “os direitos e deveres econômicos, sociais e culturais” e “a ordem econômica”, ambos evidenciando a clara opção do constituinte português pela aproximação entre o direito e a economia.

Nesta esteira, a *qualidade do sistema de justiça* é essencial para a realização plena da relação entre direito e economia.

Nas palavras de *ARNALDO CASTELAR PINHEIRO*, “*um sistema que funciona bem deve ostentar quatro propriedades: baixo custo e decisões justas, rápidas e previsíveis, em termos de conteúdo e prazo.*”³⁶

Neste viés, a *morosidade processual, os custos de acesso à justiça, bem como a falta de previsibilidade das decisões* proferidas pelos magistrados são verdadeiros *empecilhos à atividade empresarial e ao desenvolvimento da economia.*

Isto porque a demora na prestação do serviço jurisdicional acaba por incentivar aos faltosos, ou àqueles que deixam de cumprir com as suas obrigações civis e sociais e, por outro lado, desencoraja aqueles que sofrem pelo eventual descumprimento da lei, pois, a da ilegalidade suportada, não terão seus anseios atendidos em tempo hábil e a contento, em razão do prolongado desgaste psicológico provocado pelo conflito.

O *BANCO MUNDIAL* já demonstrou preocupação com a morosidade da justiça e com a imprevisibilidade das decisões judiciais na nota técnica nº 319, sob o título ‘O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para reforma’, de autoria de *MARIA DAKOLIAS*:

“A reforma econômica requer um bom funcionamento do

³⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. RESP 579541-SP. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>.

³⁶PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* In: Timm, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

judiciário o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente em um sistema jurídico. Com a transição de uma economia familiar - que não se baseava em leis e mecanismos formais para resolução de conflitos - para um aumento nas transações entre atores desconhecidos cria-se a necessidade de maneiras de resolução de conflitos de modo formal. As novas relações comerciais demandam decisões imparciais com a maior participação de instituições formais. Todavia, o atual sistema jurídico é incapaz de satisfazer esta demanda, forçando, conseqüentemente, as partes a continuar dependendo de mecanismos informais, relações familiares ou laços pessoais para desenvolver os negócios. Algumas vezes isto desestimula as transações comerciais com atores desconhecidos possivelmente mais eficientes gerando uma distribuição ineficiente de recursos. Esta situação adiciona custos e riscos as transações comerciais e assim reduz o tamanho dos mercados, e conseqüentemente, a competitividade do mercado.

(...)

Os governos devem ser capazes de efetivar a aplicação das regras do jogo que foi criado; o judiciário pode proporcionar este serviço garantindo direitos individuais e direitos sobre a propriedade. Por sua vez, um consistente poder de coerção na execução das leis garante um ambiente institucional estável onde os resultados econômicos a longo prazo podem ser avaliados. Neste contexto, um judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente o que significa que deve existir: a) previsibilidade nos resultados dos processos; b) acessibilidade as Cortes pela população em geral, independente de nível salarial; c) tempo razoável de julgamento; d) recursos processuais adequados”³⁷

Contudo, no que se concerne à previsibilidade das decisões judiciais podemos perceber divergência de entendimentos entre empresários e magistrados. Enquanto os primeiros indicam a parcialidade na tomada de decisões, atuando em prol da parte hipossuficiente e, portanto, mais frágil, os segundos acreditam estar adequando um caso concreto dentro da lógica da justiça

³⁷ DAKOLIAS, Maria. *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma*. Documento Técnico nº 319, do Banco Mundial. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf>>.

social.

Ora, parece lógico que a norma jurídica deve proporcionar a cada indivíduo a previsão clara das consequências de suas ações, mesmo porque, *a segurança jurídica deve balizar as relações jurídicas, tornado o ambiente negocial e a atividade econômica mais clara e estável.*

Diante deste contexto, *a imparcialidade do Judiciário traz insegurança e desestimula o investimento, a produtividade e, por consequência o crescimento econômico*, uma vez que os investidores buscarão ambientes para a realização de suas transações comerciais em jurisdições onde a segurança jurídica seja maior.

Sob a ótica do mercado, a justiça social não deve ser finalidade do Poder Judiciário, mas do Estado que deve, por dever, promover a redistribuição das riquezas e receitas provenientes da arrecadação de impostos, através da implementação de políticas públicas nas áreas de educação, saúde, habitação, entre outras.

Neste sentido, segundo o entendimento da classe empresarial, *a falta de neutralidade nas decisões judiciais estaria, não praticando justiça social, mas prejudicando a economia*, posto que o desrespeito a contratos e demais normas comerciais, além de causar insegurança jurídica, aumenta o risco nas transações econômicas e introduz prêmios de riscos que acabam por reduzir salários, aumentar juros, burocracias e preços praticados no mercado.³⁸

Quanto à *importância dos juízes se conscientizarem da repercussão econômica de suas decisões* e a sua afetação às expectativas do mercado, ARNALDO CASTELAR PINHEIRO:

“(…) também é importante que os juízes entendam melhor a repercussão econômica de suas decisões. Em particular, que quando eles buscam a justiça social estão mandando sinais e

³⁸ PEREIRA, Micheli. *O mau funcionamento do Poder Judiciário como empecilho ao desenvolvimento econômico brasileiro*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba. 2010.

afetando expectativas e comportamentos dos agentes econômicos em geral, no Brasil e no exterior. Assim, precisam entender que aquela justiça que eles buscam pode, num segundo momento, não se verificar, pois os agentes econômicos adaptam-se à forma de decidir do magistrado. Uma justiça que busca privilegiar o trabalhador acaba diminuindo o nível de emprego e aumentando a informalidade. O juiz que favorece os inquilinos diminui o número de imóveis disponíveis para aluguel. O magistrado que beneficia pequenos credores estará em um segundo momento aumentando os juros que lhes são cobrados ou mesmo alijando-se do mercado de crédito. Ainda que a capacidade de reação dos agentes possa ser pequena no curto prazo, ela é razoavelmente alta em prazos mais longos”

A análise da repercussão econômica das decisões judiciais toma ainda maior relevância, uma vez que a falta de confiança dos empresários em relação ao Judiciário cria a necessidade da implementação por empresas nacionais e internacionais de medidas mitigadoras de quebras contratuais, o que gera aumento de custos e diminuição de investimentos.

Observa-se que o risco de transação agregado à insegurança jurídica distorce o sistema de preços, prejudicando o desenvolvimento regular da atividade empresarial, bem como a exploração de economias em escala. Nas palavras de *ARNALDO CASTELAR PINHEIRO*:

“os altos riscos de transação ocasionados pelo mau funcionamento da justiça afastam o sistema de preços do país dos padrões internacionais, distorcendo a alocação de recursos. Além disso, quando os contratos e os direitos de propriedade não são apropriadamente garantidos, as empresas muitas vezes optam por não desenvolver certas atividades, deixam de especializar-se e explorar economias de escala, combinam insumos ineficientemente, não distribuem a produção da forma mais eficiente entre clientes e mercados, mantêm recursos ociosos etc. A eficiência também pode ser afetada se o fraco desempenho do judiciário segmentar o mercado a ponto de reduzir significativamente a competição.”³⁹

³⁹ PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário e Economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré. 2000.

Diante deste cenário, os agentes econômicos buscam investir seu capital humano e físico quando possuem confiança de que seus direitos de propriedade e segurança jurídica estão resguardados por bons sistemas judiciais e regimes políticos pacíficos.

Por outro lado, é óbvio que o olhar atencioso do direito voltado à economia, jamais deve provocar a cegueira em relação à segurança jurídica. Pelo contrário, maior será a necessidade de protegê-la e garanti-la no mundo moderno. Novamente nas palavras do Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa *JORGE MIRANDA*:

“E, correndo o risco de ser ultrapassado, o sistema normativo deve adaptar-se a tais mutações e responder a desafios tão diversos como a revolução das técnicas de comunicação, o difundir das reivindicações econômicas e sociais ou o ritmo dos progressos científicos. *Mas, ao mesmo tempo, a rapidez destas mudanças torna mais necessária a estabilização do Direito. A necessidade de segurança jurídica é tanto mais forte quanto mais rápidas são as evoluções sociais e econômicas*”⁴⁰ (grifo nosso)

Neste contexto, o novo Código de Processo Civil brasileiro e a Constituição da República federativa do Brasil tentam conferir segurança jurídica às decisões judiciais por meio, por exemplo, da celeridade processual, da extinção de recursos meramente protelatórios, da criação do incidente de resolução de demandas repetitivas e do emprego de técnicas de confronto e superação de precedentes judiciais no caso concreto.

V. CONCLUSÃO

A segurança jurídica é garantia fundamental do Estado de Direito Democrático, independente da adoção do sistema jurídico romano-germânico ou anglo-saxão.

No atual cenário de relevância dos precedentes judiciais,

⁴⁰ MIRANDA, Jorge; Manual de Direito Constitucional; tomo IV; Direitos Fundamentais; 4ª Edição; Coimbra Editora)

o Poder Judiciário deve buscar a previsibilidade e a estabilidade das relações econômicas e sociais, utilizando técnicas legislativas de conformação das decisões judiciais a fim de que o sistema jurídico permaneça em constante evolução.

Neste mister, a aferição da qualidade da justiça deve ser guiada por meio da efetivação de critérios da análise econômica do direito capazes de, além de manter a segurança jurídica e a satisfação de demais garantias e direitos fundamentais, promover o desenvolvimento socioeconômico e incentivar a atividade empresarial.