

O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO JULGADOR E O EMBATE ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Carlos Eduardo Koller¹

Marcia Carla Pereira Ribeiro²

Sumário: 1 Introdução. 2. O papel contramajoritário do julgador. 2.1 Quem são nossos legisladores? 3. Nova Economia Institucional e o papel contramajoritário do juiz: correlações a partir do embate entre constitucionalismo e democracia. 3.1. Controle de constitucionalidade e o valor moral. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

Resumo: O ativismo judicial constitucionalista e o princípio majoritário convivem nos regimes democráticos. Ainda que existam variadas posições teóricas sobre o tema, o artigo propõe que se considere a possibilidade de aproximação entre os conceitos, na busca de um modelo que expresse os limites de competência do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Nesse intento o artigo apresenta um conceito breve sobre o papel contramajoritário do julgador, verificando se este passaria a compor o *locus* de um *novo legislador*, ou se haveria um novo contorno para a própria atuação do Tribunal, em conjunto com o que as pessoas esperam

¹ Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Doutorando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUCPR. Líder do Grupo de Estudos em Law and Economics do UniBrasil PR. Professor Pesquisador de Direito Civil no UniBrasil e Universidade Positivo. Advogado e Consultor Jurídico do IBECMP – Instituto Brasileiro de Pesquisas Aplicadas em Prevenção e Mediação de Conflitos Empresariais.

² Doutora em Direito. Professora PPGD UFPR e PUCPR. Trabalho desenvolvido no âmbito do projeto Regulação de Riscos Empresariais no âmbito da atividade de Pesquisa & Desenvolvimento para a Inovação (Chamada Pública 21/2012) da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Paraná.

do Poder Judiciário. Mais que isto, se a atuação do Juiz no caso concreto suprindo uma lacuna no sistema promoveria, simultaneamente, a descrença na função legislativa ou até mesmo a sua superação. O artigo tangencia pressupostos da NEI – Nova Economia Institucional – para demonstrar a partir de alguns de seus postulados, a importância de se manter o foco nos potenciais efeitos quando do exercício das novas tendências de atuação do Poder Judiciário, quando confrontadas com a manutenção de um ambiente institucional estável e seguro para a realização das trocas no mercado.

Palavras-Chave: Direito e Economia. Constitucionalismo e Democracia. Controle de Constitucionalidade. Papéis institucionais.

Abstract: Judicial activism and a majority vote live in democratic constitutional regimes. Although there are various theoretical positions on the subject, the article proposes to consider the possibility of rapprochement between the concepts in the search for a model that expresses the limits of competence of the Legislature and the Judiciary. This purpose the paper presents a brief concept about Judicial Review role of the judge, making sure that this would form the locus of a new legislature, or if there would be a new contour to the Court's action itself, together with what people expect from Judicial power. More than that, if the actions of the judge in this case supplying a gap in the system would promote both the disbelief in the legislative function or even overcome them. The article touches assumptions of NIS - New Institutional Economics - to show from some of its postulates, the importance of maintaining the focus on potential effects upon the exercise of the new trends of the Judiciary acting when faced with maintaining a stable institutional environment and safe to carry out the changes in the market.

Keywords: Law and Economics. Constitutionalism and Democracy. Judicial Review. Institutional roles.

1. INTRODUÇÃO



papel desempenhado pelo Poder Judiciário é motivo para muitos debates e reflexões pelos estudiosos do Direito. Conhecer os limites e a atribuição dos órgãos julgadores tem sido pauta na agenda de discussões dos mais variados países, inclusive no Brasil. Somados a isto, a posição de um Poder Legislativo anacrônico, nem sempre capaz de identificar as diferenças e reconhecer políticas para além dos posicionamentos pessoais de seus principais partidos e representantes, tem sido outro obstáculo que precisa ser superado.

Para a NEI – Nova Economia Institucional – a estabilidade dos julgados, a previsibilidade das decisões e a anterior definição de regras claras e objetivas é importante para o aperfeiçoamento e manutenção dos contratos, a interferência do Poder Judiciário pode representar um alto risco de comprometimento da estabilidade nas relações jurídicas.

Os antagonismos e as idiossincrasias das correntes de pensamento são objeto de reflexão de Nancy Fraser esboçado em um artigo intitulado *Reconhecimento sem ética?*, publicado originalmente na revista *Theory, Culture & Society*. Ao pesquisar sobre a questão de gênero, da discriminação das mulheres no mercado de trabalho e do casamento de pessoas do mesmo sexo a autora faz uma advertência no sentido de haver um conflito entre teóricos que ocupam posições altamente dissidentes, muito embora integrem correntes de pensamento correlatas.³

Nesse trabalho a filósofa evidencia que existem dois

³ FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Theory, Culture & Society*, v. 18. Tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga. São Paulo: Lua Nova, 2001, p.1-2.

grandes grupos, reunindo aqueles pensadores que se preocupam com a questão redistributiva, em contraste com os que postulam pelo reconhecimento das identidades. Mais, afirma que esta tensão teria sido responsável pela formação daquilo que ela mesma convencionou chamar de *esquizofrenia filosófica*.⁴

O artigo tem por objetivo também demonstrar que o mesmo acontece com a NEI – Nova Economia Institucional e a corrente do neoconstitucionalismo. Os defensores da corrente econômica que superou a teoria clássica afirmam que mesmo o neoconstitucionalismo se apropriando de valores morais, não estaria voltado o suficientemente para as reais consequências de dada decisão judicial ou lei.⁵ Da mesma forma, na tentativa de flexibilizar normas jurídicas, utilizaria princípios muito abstratos e com conteúdo indeterminado, o que pode ser extremamente indesejável no campo econômico.⁶

Esse quadro permite que se busque investigar a possibilidade das decisões judiciais estarem sendo comprometidas pelas paixões e interesses – leia-se ideologias – dos magistrados, advogados e demais atores que compõem a noção pragmática de Justiça, ou se poderiam convergir a partir de uma unidade moral garantidora de direitos, para além da mera autorização constitucional, principalmente na hipótese de controle de constitucionalidade das leis.

Evidente que se trata de uma tarefa extremamente árdua que sob nenhuma hipótese poderá ser esgotada num ensaio, mas a demonstração de que há, por inúmeras ocasiões, a

⁴ No endosso das correntes teóricas seus adeptos, conflitantes em grande parte em seus argumentos, estariam em uma emboscada. Mais do que se posicionar acerca dos fatos e contribuir de modo efetivo com a ciência, orbitam ao redor de ideologias e arquétipos, naquilo que a autora convencionou chamar de esquizofrenia filosófica. A superação deste modelo é uma ampliação das duas visões – redistribuição e reconhecimento – para um modelo mais genérico, abstrato e singular, sendo, também, mais abrangente. Cf.: FRASER, Nancy. *Op. cit.* p. 2.

⁵ GIKO JR., Ivo Teixeira. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. Working paper, 01/2009*. Brasília: UCB, 2009, p. 09-10.

⁶ *Idem*, p. 10.

possibilidade de contemplação de ambas as vertentes – as que saúdam e as que criticam o ativismo judiciário- , compõe o principal objetivo deste trabalho.

2. O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO JULGADOR

Num governo regido por uma democracia representativa, o voto representa o consentimento popular explicitado por um mandato parlamentar. Dessa forma, estar-se-ia, em síntese, a eleger um representante para que crie leis e as destine a determinada comunidade.

Mas, a criação de leis não é um fenômeno que represente perfeitamente o regime democrático. Quer-se dizer, é preciso reconhecer que, em uma noção de democracia mais abrangente, o elemento maioria não representa todos os sujeitos, até porque se tinham por excluídos no passado, a exemplo, os escravos, os estrangeiros, as mulheres e os menores, sem prejuízo do ideal majoritário.⁷

Daí que para ELSTER, em termos muito gerais, é possível associar a democracia com a assembleia eleita e o constitucionalismo com o Tribunal Supremo e seus equivalentes.⁸ Esta relação começa a interessar ainda mais do ponto de vista econômico, porque “*la tendencia natural de un gobierno a actuar sobre una base de caso por caso debe ser contrapesada por reglas que tomen en cuenta el efecto acumulativo de muchos actos individuales*”.⁹ De forma semelhante à interferência do Poder Executivo na economia, do ponto de vista econômico, a repetição da ação individual do Poder Judiciário produzirá impactos de ordem mais geral que interferem na lógica da economia.

⁷ ELSTER, JON. *Constitucionalismo e Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 33.

⁸ *Idem*, p. 36.

⁹ “A tendência natural de um governo em atuar no caso a caso deve ser avaliada a partir de regras que tomem em conta o efeito acumulativo de muitos atos individuais”. Cf.: ELSTER, JON. *Op. cit.*, p. 37.

A planificação econômica estatal apresenta mais um problema quando confrontada com o ativismo judicial, agora absolutamente conectável aos postulados da NEI, porque aspectos como a estabilidade e a previsibilidade das ações do governo fornecem vantagens para o crescimento econômico a longo prazo.¹⁰

Por outro lado, a estabilidade pode estar consolidada da forma menos eficiente, fruto do impacto cultural na estrutura institucional. Como afirma NORTH “é a cultura que fornece a chave para a dependência da trajetória - um termo usado para descrever a poderosa influência do passado no presente e no futuro”.¹¹ Trata-se do denominado *path dependence*.

Porém, superadas as dificuldades culturais, certamente um ambiente institucional adequado para as partes negociarem tornará a composição dos interesses mais eficaz, confirmando “a confiança na promoção do desenvolvimento a partir da promoção de boas regras do jogo, capazes de amparar um ambiente econômico estável e seguro para as transações privadas”.¹²

A interferência do Estado pela via Poder Judiciário nas relações negociais poderia representar uma ruptura à estabilidade tanto no que se refere à previsibilidade dos pactos celebrados, quanto das planificações sobretudo para os casos nos quais o magistrado se depara com uma questão controvertida. Porém, este aspecto será melhor explorado no próximo item. Por hora, proceder-se-á a uma breve reflexão acerca do papel contramajoritário do julgador.

¹⁰ Nesse mesmo sentido ELSTER afirmou: “La planificación económica muestra el mismo problema de manera algo distinta. El uso discrecional de las facultades económicas del Estado puede disminuir la estabilidad y lo previsible, que es una condición para el crecimiento económico a largo plazo”. Cf.: *Idem*, ELSTER, JON. *Op. cit.*, p. 37.

¹¹ NORTH, Douglass C. “*Economic Performance Through Time*”. In: *The American Economic Review*, v. 84, nº. 3. (Jun., 1994), p. 364.

¹² SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma *Rule of Law* e a relevância das alternativas institucionais. São Paulo: *Revista de Direito GV*, Jan-Jun. 2010, p. 214.

BICKEL aponta para a possibilidade de atuação do Juiz de uma forma que pode ser considerada como que na contra mão da maioria (maioria expressa pelo Poder Legislativo). Uma revisão judicial pode operar como instrumento de aplicação e formatação da Constituição. Mais que isto, em questões polêmicas e muito relevantes, atuar contra os desejos das maiorias legislativas (por vezes anacrônicas), o Poder Judiciário acaba por intervir conduzindo o exercício do Poder Legislativo aos valores morais da Constituição, de forma a evitar distorções.¹³

O comportamento contramajoritário do julgador está justamente no ato de dar concretude à Constituição em detrimento da função legislativa típica do Poder competente.

Num cenário comum, no qual os principais atores sociais – representantes do povo – submeter-se-iam ao serviço dos interesses de certos grupos, em conjunto com a crise dos organismos políticos, ganham sua emancipação os argumentos a favor do controle de constitucionalidade das leis.¹⁴ Ademais, o *déficit* antidemocrático que afetaria a atuação dos juízes é bem menos grave do que aquele característico do Poder Legislativo, quando se pensa na representação de grupos de interesse e não na representação democrática em sentido mais abrangente.

Outro argumento favorável à atuação contramajoritária estaria no fato de que os juízes são investidos nos seus cargos por um procedimento que também está estabelecido nas Constituições, e o desempenhar de suas judicaturas levaria estes a estar em constante contato com os cidadãos comuns.¹⁵

Por isso uma alteração radical tem se dado em termos político-jurídicos na sociedade contemporânea. Essa linha de pensamento conduz a uma indagação sobre quem seriam nossos legisladores.

¹³ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the supreme court...* apud. GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. México: Revista Isonomía, nº. 06, ab. 1997, p. 60-61.

¹⁴ *Idem*, p. 61-62.

¹⁵ *Ibidem*, p. 62.

2.1 QUEM SÃO NOSSOS LEGISLADORES?

Alguns casos concretos de evidência e efetivação de direitos fundamentais a partir da atuação contramajoritária do Poder Judiciário merecem menção e breve lembrança. Optou-se neste trabalho a algumas considerações sobre a temática da união estável entre pessoas do mesmo sexo, recentemente objeto de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro.

O ritmo do Poder Legislativo segue o ritmo de seus eleitores. Em busca de votos ou pelo menos a manutenção de seus cargos e postos políticos, é pouco provável que num cenário de muita controvérsia os membros do Congresso Nacional se manifestem incisivamente acerca de um tema polêmico, seja ele qual for.

A conta é simples, a perda e a destinação de votos são voláteis e relacionadas, em muitos casos, à postura política em termos de responsabilidade na tomada de decisões. Foi neste contexto que o Poder Judiciário brasileiro, por ocasião do julgamento da ADPF 132/RJ, superou a interpretação conferida ao artigo 1.723, do Código Civil brasileiro.

Em síntese, o referido artigo, em sua literalidade, permitiria uma interpretação preconceituosa e discriminatória, pois não seria permitido às pessoas do mesmo sexo formarem famílias. Por meio de técnicas da interpretação, o Supremo Tribunal Federal consolidou a interpretação do dito artigo a fim de permitir que pessoas do mesmo sexo possam optar pela união estável. Mais, destacou a importância do reconhecimento como família da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo, nos exatos termos da união heteroafetiva.¹⁶

A decisão provocou a movimentação de diversos setores

¹⁶ Informações extraídas dos Autos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – AdPF nº. 132/RJ –, julgado em 14/10/2011, disponível em www.stf.jus.br, acesso em 27 de jun. de 2015, p. 05.

da sociedade, em especial aqueles ligados às entidades religiosas de representação política (bancadas evangélicas, católicas, etc.), conjuntamente com grupos setorizados que, de um lado, comemoravam a decisão histórica como uma conquista, de outro, re-
futavam-na como um desrespeito aos valores essenciais que nor-
teiam o conceito tradicional de família.

A iniciativa de ampliação da previsão do Código Civil provém do Poder Judiciário e não do Legislador, o que permite a formulação de indagação sobre o Poder Legislativo estar apto para operar em questões a este respeito, bem como se teria em sua composição integrantes capazes do enfrentamento de questões controvertidas, como as que gravitam ao redor da identidade das pessoas.

Nesse momento convém destacar mais uma vez FRASER. A partir da formulação de um conceito de identidade para além da própria ideia de reconhecimento,¹⁷ a filósofa enfatiza que a ideia de reconhecimento seria uma questão de Justiça e não apenas de melhoria individual de vida, porque permitiria a formação do pluralismo valorativo, garantindo aos sujeitos que se autodeterminem como indivíduos livres, evitando a formação de modelos sectários.¹⁸

Caso a questão fosse deixada unicamente ao Poder Legislativo, seria pouco provável uma resposta semelhante à que foi conferida pelo Poder Judiciário, até mesmo porque a regra estava clara, seja no texto legal ou na própria Constituição. Portanto, a inércia no enfrentamento, nesse caso, representava mais do que uma zona de conforto, mas a não emancipação de um

¹⁷ Como não compõe o presente ensaio a discussão sobre o gênero, questões femininas ou de orientação sexual será procedido a uma breve reflexão acerca da temática. Para Fraser, todos os seres humanos tem direito de buscar estima social sobre condições justas de igualdade de oportunidades. Quando isto não ocorrer ou até mesmo quando forem estipuladas normas jurídicas dificultadoras destas acessibilidades está-se diante de um grave problema de inclusão. A autora enfatiza que os *padrões institucionalizados de valoração cultural* podem representar obstáculos na conquista da mesma estima, por isso precisam ser rechaçados. Cf.: FRASER, Nancy. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁸ *Idem*, p. 12-13.

problema moral.

Para além da análise de um tema polémico, uma segunda questão que surge naturalmente seria a conformação de valores morais pelas Cortes Constitucionais, a qualidade de suas decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, bem como os impactos da intervenção ao longo do tempo sobre o processo legislativo.

Sobre os valores morais, BICKEL aponta que não nasceram prontos, decorrem de uma construção histórica e a Suprema Corte americana teria exercido um papel essencial no processo de sua revelação.¹⁹ Não só quando atua em termos de interpretação, também quando a Corte declara inconstitucional um ato de lei ou um ato do poder executivo, age de forma contramajoritária, controlando uma regra da maioria, o que faria do controle de constitucionalidade, sob determinados termos, uma ação antidemocrática.²⁰

Judicial review, however, is the power to apply and construe the Constitution, in matters of the greatest moment, against the wishes of a legislative majority, which is, in turn, powerless to affect the judicial decision.²¹

De forma geral, não há maiores dificuldades na aceitação popular no que se refere ao respeito às decisões proferidas pelos Tribunais, até mesmo porque o controle de constitucionalidade decorre da Constituição. Porém, permanece a possibilidade de se indagar porque os Tribunais poderiam ser considerados o melhor lugar para a revisão das leis e dos atos do Poder Executivo.

BICKEL enumera algumas razões que apontariam para o Tribunal como a melhor opção no controle das leis e dos atos do Executivo. Seriam elas: (i) os juízes teriam o descanso, a

¹⁹ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the supreme court at the bar of politics*. 2nd Edition. Yale University Press, New Haven e London, 1986, p. xi.

²⁰ *Idem*, p. 16-17.

²¹ “O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição em assuntos polémicos do momento, contra a vontade de uma maioria legislativa, a qual é, por sua vez, impotente para afetar a decisão judicial”. Cf.: BICKEL, Alexander M. *Op. cit.*, p. 20.

formação e o isolamento para seguir os caminhos do estudioso na prossecução dos fins do governo, (ii) as Cortes estariam em contato direto com o caso concreto e, sendo assim, mais preparadas para enfrentar as questões que envolvem princípios. Mais do que isso, (iii) os Tribunais podem ser vistos como uma instituição de ensino altamente eficaz e (iv) os seus Ministros seriam professores em um seminário nacional vital. E, por fim, (v) o Tribunal raramente imporá uma regra jurídica rígida, bem como possui várias maneiras de persuadir antes de tentar coagir.²²

Atente-se que BICKEL não desenvolve um conceito exato sobre a noção de regra jurídica rígida, mas contempla diversas hipóteses que exemplificam a inadequação de se manter, permanentemente, uma regra jurídica atemporal. As modificações produzidas pelo tecido social são mais perceptíveis numa análise que envolve princípios à aplicação pura e simples de uma regra jurídica rígida, porque provavelmente solidificada em um dado local e momento históricos.²³

3. NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL E O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO JUIZ: CORRELAÇÕES A PARTIR DO EMBATE ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Partindo-se para a análise proposta neste artigo, buscar-se-á apresentar a relação que pode ser estabelecida entre a NEI, o papel contramajoritário do julgador, e a relação que disto procede entre o embate do constitucionalismo e a democracia.

Alexander Hamilton, no *Federalista* nº. 78²⁴ defendeu o

²² BICKEL, Alexander M. *Op. cit.*, p. 25-26.

²³ *Idem*, p. 26.

²⁴ Em busca de um significado maior para a Constituição norte-americana foram redigidos 85 artigos, compondo assim o denominado *Federalista*. O artigo número 78 representa uma composição teórico-argumentativa importante para o presente trabalho, porque nele seu autor Alexander Hamilton reafirma a importância de se preservarem os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis. Cf.: *The Library of Congress*, disponível em <http://thomas.loc.gov/home/histdox/fedpapers.html>, acesso

controle de constitucionalidade das leis. Os argumentos desenvolvidos pelo autor naquela reunião de artigos continham muitos pontos positivos que reconheciam o direito dos juízes em revisar as decisões tomadas pelo legislativo. Merece destaque o argumento que enfatiza que no momento em que o Poder Judiciário anula uma lei, valendo-se da supremacia da Constituição, o faz usando um documento que revela mais fielmente a vontade soberana do povo.²⁵

Todavia, GARGARELLA indica três razões que colocam em contradição boa parte dos argumentos de Alexander Hamilton. Em primeiro lugar um argumento histórico, pois a Constituição norte-americana (investigada por GARGARELLA) não revelaria perfeitamente a vontade da maioria. E isto fica claro porque no momento da criação da Constituição dos EUA boa parte do povo foi ignorado ou excluído. Isto equivaleria a dizer que teriam sido outorgados somente alguns direitos, direcionados àqueles que apresentavam suas reivindicações de forma mais organizada.

Em segundo lugar, a Constituição pode não ter nascido em um momento de deliberação pública pacífica, portanto, poderia ter nascido no calor das circunstâncias sociais e, em terceiro lugar, os juízes precisam respeitar os acordos existentes anulando as leis quando estas vierem a desrespeitar o que contrariasse a Constituição. Ou seja, os juízes são mais do que portavozes do texto constitucional, atuam, portanto, para além daquilo que o autor chama de *mecanismo de viva voz*, devendo interpretar o que está implícito nas normas.²⁶

Em síntese, o juiz não teria sido submetido ao escrutínio legislativo, o que o insere na qualidade de um sujeito não eleito, e, mesmo assim, teria o poder de anular as leis, ou interpretá-las, conferindo um significado particular.

em 24 de julho de 2015.

²⁵ GARGARELLA, Roberto. *Op. cit.*, p. 56.

²⁶ *Idem*, p. 57-59.

Sobre a prevalência da jurisprudência sobre a Lei, pensando-se agora no modelo brasileiro, vale ilustrar o pensamento do autor com o caso dos limites à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, muito especialmente no que se refere à definição de qual o sujeito a quem se dirige o sistema consumerista.

O Poder Judiciário brasileiro já foi levado a se manifestar sobre a incidência das normas de consumo sobre relações jurídicas entre duas sociedades anônimas, especialmente quanto ao enquadramento de alguma dessas sociedades no conceito de consumidora vulnerável, nos termos do artigo 4º., da Lei 8.078/90.

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Cível nº. 1. 321.083/PR decidiu que a relação entre as duas sociedades anônimas litigantes mereceria o tratamento previsto no Código de Defesa do Consumidor, sendo elas uma *holding* especializada em desenvolver empreendimentos de grande porte, nas áreas de lazer, entretenimento e conforto, sobretudo na modalidade shopping center. A segunda volta-se à compra e venda de aeronaves e locação, atendendo a aviação executiva com fretamentos de helicópteros e manutenção de aeronaves, também realizando treinamento de pilotos.

As duas empresas celebraram um contrato para compra e venda de uma aeronave, sendo que a litigante *holding* adquiriu um avião para o transporte de seus sócios. O Superior Tribunal ao interpretar a lei, aplicou o CDC à relação, reconhecendo a vulnerabilidade de uma empresa em face da outra (artigo 4º., da Lei 8.078/90), com inversão do ônus probatório (artigo 6º., inciso VIII, da Lei 8.078/90).

Desconsiderar as características dos contratantes, na espécie, para equiparar empresas a consumidores, quando da aquisição de bem relacionado ao exercício de atividade empresarial (transporte de sócios) colabora para a criação de um ambiente institucional instável.

É evidente que o consumidor é figura jurídica que

merece proteção na ordem econômica, todavia, identificá-lo pode não ser uma tarefa tão fácil. A redação da lei permite que se conclua que o consumidor possa ser pessoa física ou jurídica (artigo 2º., da Lei 8.078/90), desde que receba o produto ou contrate o serviço como destinatário final fático.

No caso analisado o STJ adotou uma nova teoria – *Teoria Finalista Mitigada* – para atender os casos nos quais algumas pessoas jurídicas podem ser consideradas consumidoras. A opção jurisprudencial provoca um questionamento trazido pelo Ministro João Otávio de Noronha quanto aos limites de submissão das relações negociais aos termos do Código de Defesa do Consumidor.²⁷

Situações como esta apontam para a possibilidade da interferência do Estado via Poder Judiciário afastar-se do objetivo originalmente justificador da emissão legislativa aplicada ou interpretada. No caso do CDC, a pretensão foi a de criação de um sistema especial que considera o consumidor em sua vulnerabilidade. No caso descrito, muito embora se esteja diante de duas empresas de sólida posição no mercado, optou-se por admitir a aplicação dos benefícios do microsistema jurídico, desequilibrando as relações no mercado, favorecendo uma em detrimento da outra.²⁸

As inconstâncias da jurisprudência em decorrência das diferentes interpretações atribuídas a uma mesma norma, pode corroborar para o que a doutrina considera o risco da formação

²⁷ “A aquisição do veículo se dá para uso da empresa do mesmo modo que ela compra uma máquina, um equipamento, para sua planta industrial. E nós não podemos submeter todo esse tipo de relação ao Código do Consumidor. Essa relação, até que se aprove o novo Código Comercial, há de ser regulada pelo Código Civil. Seria o caso da legislação não consumista”. Cé.: Voto do Ministro João Otávio de Noronha, nos Autos de Recurso Especial Cível nº. 1.321.083/PR, disponível em www.stj.jus.br, acesso em 28 de jun. de 2015, p. 15.

²⁸ O favorecimento mais evidente é econômico, porque a empresa que recebe a proteção do Código do Consumidor não precisa gastar com produção de prova, perícias, etc. Tem para si as vantagens da hipossuficiência, se reconhecida, e pode, inclusive, planejar uma situação como esta para, em momento futuro, repeti-la, embutindo essa *vantagem* como lucro.

de espécies de *tribos de juízes*, fazendo-se referência a determinadas inclinações de alguns julgadores quando tomam decisões parciais.²⁹

Incorre-se ainda na possibilidade de que a interferência do Poder Judiciário em casos tais ou no controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Executivo possa vir a enfraquecer o processo democrático. Isto porque a revisão judicial pode representar uma forma de desconfiança do processo legislativo.³⁰

De forma geral, o arcabouço normativo de um país constitui uma das categorias de instituições (regras do jogo) incidentes sobre as ações humanas. Foi o movimento conhecido como NEI – Nova Economia Institucional que tomou a dianteira no reconhecimento da importância das instituições para a delimitação das condutas (escolhas humanas), assim como seu papel no desenvolvimento dos países.

Instituições estáveis pressupõem a preservação das regras do jogo, a estabilidade dos contratos e a previsibilidade dos julgados.

Superando algumas premissas da Teoria Econômica Clássica, uma das grandes contribuições da NEI para as relações no mercado foi o reconhecimento da racionalidade limitada dos agentes econômicos,³¹ o custo das transações, a incorporação das instituições na análise econômica do desenvolvimento, internalizando-as como mais uma variável econômica pendente de investigação.³² Isto porque “é a interação entre as instituições e as organizações que moldam a evolução institucional de uma economia. Se as instituições são as regras do jogo, as

²⁹ GARGARELLA, Roberto. *Op. cit.*, p. 63.

³⁰ BICKEL, Alexander. M. *Op. cit.*, p. 21.

³¹ O juiz ao ignorar os efeitos econômicos que sua decisão pode acarretar no cenário social atua como um agente econômico negativo e pode, infelizmente, provocar uma falha nas relações do mercado, vindo a prejudicar as partes interessadas.

³² SCHAPIRO, Mario Gomes. *Op. cit.*, p. 217.

organizações e seus empresários são os seus jogadores”.³³

Indo além, é perfeitamente possível encontrar um argumento semelhante na obra de Michael BRENNAN, que, ao realizar estudo aprofundado sobre o trabalho de Richard Posner destacou a importância da superação do conceito absoluto de lei por uma aparato hermenêutico confiável. Isso aconteceria a partir de quatro elementos, a saber: (i) a existência de leis mais realistas e menos conceituais, (ii) uma maior aproximação entre a lógica judicial e a lógica da ciência, (iii) a crença em que a economia possa testar e prever o comportamento humano e, por fim, (iv) quando a regra não for satisfatória perante a realidade, sua imediatamente substituição.³⁴

TAMANAH, por outro lado, afirma que a cultura também compõe a análise das instituições, e um país dirigido à proteção excessiva dos direitos sociais pode acarretar em consequências econômicas nem sempre positivas.³⁵ Mais do que isto, para o autor ainda é preciso considerar que:

Legal institutions and cultural attitudes toward law exist inseparably within a broader milieu that includes the history, tradition, and culture of a society; its political and economic system; the distribution of wealth and power; the degree of industrialization; the ethnic, language, and religious make-up of the society (the presence of group tension); the level of education of the populace; the extent of urbanization; and the geo-political surroundings (hostile or unstable neighbors)— everything about a particular society matters.³⁶

³³ NORTH, Douglass C. *Op. cit.*, p. 361.

³⁴ BRENNAN, Michael B. *Book Review: Overcoming Law by Richard Posner*. Chicago: Marquette Law Review, v. 79, Issue 1, 1995, p. 330.

³⁵ TAMANAH, Brian Z. *The Primacy of Society and the Failures of Law and Development*. Washington University: Cornell International Law Journal, 2009, vol. 44, p. 214.

³⁶ “As instituições legais e as atitudes culturais em relação ao Direito existem inseparavelmente dentro de um ambiente mais amplo que inclui a história, a tradição e a cultura de uma sociedade; seu sistema político e econômico; a distribuição de riqueza e poder; o grau de industrialização; a etnia, língua, religião e aspectos da sociedade (a presença de tensão do grupo); o nível de educação da população; o grau de urbanização; e os arredores geopolíticas (vizinhos hostis ou instáveis) – tudo isto corresponde

O Direito é, na visão do autor, em boa parte uma demonstração cultural. Por isso é preciso iniciar uma expansão e difusão de novas formas de pensar o Direito, especialmente nas universidades. Talvez tenha sido este um dos motivos que levou BICKEL a apontar a função educativa dos Tribunais no controle de constitucionalidade das leis, conforme já mencionado no por ocasião do subitem 2.1.

Evidente que a unidade moral deve ser manifestada na tomada de decisões judiciais, sejam elas econômicas ou não. Mas, ainda assim, o Tribunal pode, em certa medida, trazer conformismo para aqueles que perderam a briga quando se vale de argumentos científicos. Em seguida será desenvolvido melhor este aspecto, a partir da obra de Alexander Bickel.

3.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O VALOR MORAL

Estaria sempre o Tribunal apto a julgar um caso ou então deveria abster-se, agindo como uma verdadeira Corte de Justiça?³⁷ Reconhecendo que a Corte é uma Corte de Justiça, muitas vezes o não julgamento de um caso ou o não enfrentamento de certas questões podem representar a justiça.³⁸

É que haveria dois aspectos para as ações do governo: um aspecto mais imediato que deve atender às necessidades mais práticas, e outro, posteriormente, com efeitos duradouros. Por isso os homens seriam capazes de basear as suas decisões em

aos assuntos particulares de uma dada sociedade”. Cf.: TAMANAHA, Brian Z. *Op. cit.*, p. 214.

³⁷ A obra de Alexander Bickel é destinada a Constituição norte-americana. Todavia, neste aspecto interessa muito a posição do autor porque encarna valores morais, da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal brasileiro faz por ocasião de inúmeros casos difíceis, assim como foi na união de pessoas do mesmo sexo, controlando a constitucionalidade das leis editadas pelo Poder Legislativo. Dessa forma existe absoluta identidade com o modelo brasileiro, ainda que apresentando diferenças no sistema jurídico de ambos os modelos.

³⁸ BICKEL, Alexander M. *Op. cit.*, p. x.

princípios. Os sistemas, no entanto, incorporam a evolução destes mesmos princípios, sendo que sua aplicação precisa ser dinâmica e não estanque. Haveria uma renovação constante dos postulados e o Poder Legislativo, sem dúvidas, não é um bom lugar para esta percepção.³⁹

Os Tribunais, portanto, tem maior capacidade para lidar com questões de princípios se comparados aos demais poderes, considerada a posição ocupada dos juízes na conformação de poderes do estado.⁴⁰

Todavia, existe um risco, como bem apontado por Thayer. Os corpos legislativos são o que são porque existe o controle de constitucionalidade, ou há o controle e ele é imprescindível porque as legislaturas são o que são?⁴¹ Haveria, desse modo, uma zona de conforto ao Poder Legislativo para que não decida de modo a comprometer sua estabilidade, garantindo votos de seus parlamentares para as próximas eleições e contemplando, assim, o maior número de eleitores possível. Deste mal seguramente os Tribunais não sofrem, pois a responsabilidade política nestes exatos termos é inexistente. Mas é claro que há e deve existir muita responsabilidade no ato de julgar.

Até mesmo porque é menos provável que a lei absorva um princípio moral, porque o ambiente político sofre inúmeras interferências e pressões de grupos de interesse, podendo ter a lei sido elaborada num processo que tenha envolvido trocas de favores, procedimentos eleitoreiros, etc.⁴²

WALDRON, emprestando um exemplo mecânico de John Locke, menciona que a premissa do consentimento para a

³⁹ *Idem*, p. 25.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 25.

⁴¹ *Ibidem*, p. 25.

⁴² Para Waldron ainda “pintamos a legislação com essas cores soturnas para dar credibilidade à ideia de revisão judicial (isto é, revisão judicial da legislação, sob a autoridade de uma carta de direitos) e ao silêncio que, de outra maneira, seria o nosso embaraço quanto às dificuldades democráticas ou *contramajoritárias* que, às vezes, pensamos que a revisão judicial implica”. Cf.: WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 02.

função legislativa (de representação), pode ser movida como se fosse um bloco, para diversos lados, pendendo para onde a força o direcione com maior intensidade. Para WALDRON, no entanto, o consentimento pode ser considerado algo natural.⁴³

A lógica do consentimento é mais ou menos a lógica da escolha racional e se descobrimos que, por algum ato alegado de autoridade política, os homens realmente *colocam-se em uma condição pior do que o estado de natureza*, temos direito de inferir que o governo deve ter ultrapassado os seus limites, que são, como disse, os limites estabelecidos não apenas pelo ato, mas pela lógica do consentimento.⁴⁴

Daí que, superando o movimento fiscalista, WALDRON conclui que “a decisão majoritária não é apenas um processo decisório eficaz, é um processo respeitoso”.⁴⁵

Portanto, para além da simples aplicação do princípio da maioria, a busca pela unidade moral defendida por BICKEL parece mais do que razoável, apontando para uma melhoria no processo democrático e respeito às instituições formais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os valores envolvidos em temas como estabilidade econômica, democracia e constitucionalismo nem sempre são homogêneos. Há dificuldades em se contornar situações nas quais se pode argumentar existirem pontos de contato e de dissonância entre as propostas envolvidas. Seja nas questões relacionadas à

⁴³ WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, p. 158.

⁴⁴ *Idem*, p. 171.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 192. Algumas aplicações do conceito de maioria merecem atenção. Recentemente congressistas realizam cultos evangélicos na Câmara dos Deputados alegando que é preciso deixar a maioria ser exercida. Recentemente o Deputado Eduardo Cunha (PMDB), atual presidente da Câmara dos Deputados no Brasil, conduziu culto evangélico afirmando que a maioria pensa como os evangélicos, e que os valores cristãos precisam ser exercidos pela maioria, bem como devem atingir o processo legislativo. Cf.: Informações extraídas do site <http://www.revistaforum.com.br/blog/2015/03/em-culto-evangelico-eduardo-cunha-diz-que-maioria-brasil-e-conservadora/>, acesso em 29 de jun. de 2015.

economia, ao desenvolvimento social ou às rupturas dos padrões de organização da sociedade, as controvérsias as vezes se instalam em situações que não são inconciliáveis.

A Constituição Federal define a divisão de poderes no Estado, prevendo a atribuição do Poder Legislativo para a tarefa de produção normativa por excelência, em razão do princípio majoritário, caro aos sistemas democráticos. No entanto, são também as premissas constitucionais que permitem, em determinadas circunstâncias, uma atuação do Poder Judiciário de modificação ou contrariedade à disciplina legal, ainda que esta interferência possa ser considerada contramajoritária.

Tal interferência pode ser vista como uma adequada representação do Poder Judiciário no interesse das minorias, até porque o Poder Legislativo está sujeito a variadas razões para não tomar uma série de decisões políticas. Entretanto, a delimitação da separação dos poderes não é fácil na análise de casos concretos.

A chamada judicialização dos Direitos que conduz à criação de legislaturas protetivas a certos grupos ou extratos sociais, ao mesmo tempo em que reproduz muitas vezes os anseios da própria democracia, inclusive mediante a aplicação de preceitos constitucionais pode subverter o ideal inicial: a própria proteção pretendida pela Lei democraticamente concebida

Quando a situação analisada envolve relações negociais, a confluência da competência legiferante e julgadora pode provocar efeitos indesejáveis, especialmente quando se considera um sistema de liberdade de mercado. O arcabouço teórico da NEI pode ser utilizado na análise das situações nas quais o Poder Judiciário, na figura do juiz, interfere frente ao agente econômico, utilizando-se de argumentos que, muito embora pretendam suprir uma falha no mercado, produzem efeitos nefastos ao sistema econômico vigente. E, por se tratar de uma decisão revestida de autoridade, desestimula a busca por soluções negociadas mais eficientes.

Combinar a postura dos Tribunais na efetivação de certos direitos com a estabilidade e previsibilidade que as ações econômicas demandam é um grande desafio que pode conduzir à evolução no próprio pensamento do Direito.



5. REFERÊNCIAS

- Autos de Recurso Especial Cível nº. 1.321.083/PR*, disponível em www.stj.jus.br, acesso em 28 de jun. de 2015
- Autos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – AdpF nº. 132/RJ –*, julgado em 14/10/2011, disponível em www.stf.jus.br, acesso em 27 de jun. de 2015.
- BRENNAN, Michael B. *Book Review: Overcoming Law by Richard Posner*. Chicago: Marquette Law Review, v. 79, Issue 1, 1995.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the supreme court at the bar of politics*. 2nd Edition. Yale University Press, New Haven e London, 1986.
- ELSTER, JON. *Constitucionalismo e Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Theory, Culture & Society*, v. 18. Tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga. São Paulo: Lua Nova, 2001.
- GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. México: Revista Isonomía, nº. 06, ab. 1997.
- GIKO JR., Ivo Teixeira. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. Working paper, 01/2009*. Brasília: UCB, 2009.
- NORTH, Douglas C. “*Economic Performance Through Time*”.

In: *The American Economic Review*, v. 84, nº. 3. (Jun., 1994).

REVISTA FORUM, Informações extraídas do site <http://www.revistaforum.com.br/blog/2015/03/em-culto-evangelico-eduardo-cunha-diz-que-maioria-brasil-e-conservadora/>, acesso em 29 de jun. de 2015.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma *Rule of Law* e a relevância das alternativas institucionais. São Paulo: *Revista de Direito GV*, Jan-Jun. 2010.

TAMANAH, Brian Z. *The Primacy of Society and the Failures of Law and Development*. Washington University: Cornell International Law Journal, 2009.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.