

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**AS DECISÕES JUDICIAIS COMO REGRAS
FORMAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS:
REFLEXÕES COM BASE NA TEORIA DA
ESCOLHA RACIONAL LIMITADA**

Sergio Roncador¹

RESUMO: Entender as decisões judiciais como regras formais constitui aspecto importante para uma melhor compreensão do papel do Poder Judiciário e da sistemática do ato sentencial. As decisões judiciais não estão restritas às pessoas que litigam no processo, alcançam, também, terceiros às relações processuais, por meio de externalidades e da criação de regras que contribuem para modelar o comportamento social. Faz-se imprescindível compreender o momento de aplicar a escolha da melhor consequência, da informação adequada à tomada dessa escolha, bem como a fundamentação da sentença. A teoria da escolha racional limitada tem muito a contribuir com este importante momento processual.

Palavras-chaves: Direito e Economia. Decisão Judicial. Consequências.

ABSTRACT: Understanding judgments as rules (institutions) formal aspect is important for a better understanding of the role of the judiciary and the systematic act of sentence. Judicial decisions are not restricted to people who litigate in the process, also

1 Professor da Universidade Católica de Brasília (UCB). Advogado. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília (UCB) e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

reached third parties procedural relationships through externalities and creating rules that contribute to shaping social behavior. It is essential to understand the time you apply to choose the best result, the appropriate choice to take this information, including an explanation of the sentence. The theory of rational choice Limited has much to contribute to this important procedural point.

Keywords: Law and Economics. Judicial decision. Consequences.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 AS DECISÕES JUDICIAIS COMO REGRAS

2 ALGUNS CASOS SOBRE DECISÕES JUDICIAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

2.1 O caso da “soja verde”

2.2 O caso da sanção da LOMAN

3 CONSEQUÊNCIAS DO ATO DECISÓRIO JUDICIAL: ALGUMAS REFLEXÕES

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

De que maneira o magistrado efetivamente decide a lide que lhe foi submetida? A teoria tradicional do direito, de forma geral, resolve essa questão por meio da teoria do livre convencimento fundamentado, segundo a qual, em rápidas palavras, o magistrado tem a liberdade de decidir conforme sua consciência, desde que o faça devidamente fundamentado. Todavia, essa teoria não explica a situação decisória em si.

Conhecer os fundamentos de fato e de direito utilizados pelo magistrado para a decisão tomada é medida crucial que também colabora para informar o princípio processual do devido processo legal. Além de conter forte elemento republicano, ao tornar mais transparente o trabalho realizado pelo Estado-juiz, submetê-lo, assim, não só ao crivo das partes diretamente envolvidas no processo, mas, também, de toda a sociedade.

Porém, como já dito, essa teoria não explica o ato decisório propriamente dito. Em outras palavras, não revela o porquê de o magistrado fazer as opções decisórias que acaba por fazer na concretude do processo que está a analisar.

O instrumental teórico do Direito não nos fornece uma teoria comportamental que possa compreender este instante decisório do magistrado. Via de regra, a teoria jurídica está focada no momento *ex post* – fundamentação da decisão –, não analisando o momento *ex ante* – as escolhas realizadas pelo magistrado. Para este momento, *ex ante* a regra jurídica vai situar-se na garantia de que o magistrado não sofra pressões, nem tenha interesses que possam desvirtuar, de alguma forma, o seu livre convencimento; daí os casos de impedimento (obstáculos objetivos) e suspeição (obstáculos subjetivos), contidos nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil.

Já a teoria econômica, por sua vez, possui interessante repertório teórico que pode, sim, vir ao auxílio da teoria jurídica para a compreensão do processo de escolha que faz o magistrado, quando de sua decisão. Por estudar o comportamento humano na tomada de decisões em razão da alocação de recursos escassos, a economia pode servir de suporte teórico e fornecer densidade à compreensão de questões às vezes pouco analisadas pelo Direito, exatamente por carecer de um cabedal teórico mais apropriado.

Este trabalho utiliza-se de teorias econômicas, neste caso, a Teoria da Escolha Racional Limitada, para análise do processo de escolha decisória do magistrado. Não obstante este repertório teórico econômico aqui escolhido para embasar o presente trabalho, não se olvida da importância do estudo dos vieses comportamentais e da influência destes nas tomadas de decisão, inclusive por parte dos juízes (JOLLS; SUNSTEIN, 2006), porém aqui não será discutido, por fugir dos limites deste trabalho, ficando por merecer novos estudos futuros.

Por outro lado, pela teoria tradicional do direito processual, uma decisão judicial resolve o problema entre as partes envolvidas na demanda, podendo, em alguns casos, envolver terceiros, jurídica e economicamente interessados e envolvidos.

Desse modo, como as decisões judiciais são regras formais de conduta, assim como o são as leis, essas acabam formando padrões comportamentais que extrapolam os limites convencionais do processo. Tomando essa questão por verdadeira, percebe-se a importância das consequências das decisões judiciais, já que tendem a incentivar padrões comportamentais.

Essas são as preocupações centrais do texto, que está dividido em três capítulos, a saber: no primeiro capítulo, As decisões judiciais como regras, com base na teoria neoinstitucionalista de Douglas North, discute-se a decisão judicial como regra de conduta comportamental; no segundo capítulo, Alguns casos sobre decisões judiciais e suas

consequências, partindo da hipótese anteriormente lançada, são apresentados alguns casos concretos e reais, que demonstram a relação entre padrão decisório judicial e padrão de conduta social; e, por fim, no terceiro capítulo, Consequências do ato decisório judicial: algumas reflexões, com base na Teoria da Escolha Racional Limitada do ato de decidir do juiz, observa-se como e quando surgem as questões envolvendo as possíveis consequências desse ato decisório.

Este artigo está baseado na compreensão da literatura jurídica e econômica sobre o tema, em razão de situar-se dentro do campo teórico da Análise Econômica do Direito. Por conseguinte, a fim de elucidar as posições e hipóteses lançadas, serão aqui apresentados alguns exemplos concretos sobre as questões envolvendo as consequências das decisões judiciais.

1 AS DECISÕES JUDICIAIS COMO REGRAS

O dicionário Vocabulário Jurídico define, de forma genérica, o termo sentença como

a decisão, a resolução dada por uma autoridade a toda e qualquer questão submetida à sua jurisdição. Assim, toda sentença importa num julgamento, seja quando implica numa solução dada à questão suscitada, ou quando se mostra uma resolução da autoridade que a profere (SILVA, 2007, p.1277).

Cícero, importante político e orador romano, citado por Nagib Slaibi Filho, definia este vocábulo pela ideia de sinceridade e verdadeiro, com a expressão *ex animi sententia* (SLAIBI FILHO, 1995).

Aliás, essa mesma ideia foi apropriada por Eduardo Juan Couture (1998 [1949]) p. 100 para o qual sentença define-se:

Para saber qual o conteúdo da jurisdição, seguindo sempre nosso método de partir dos fatos, comecemos fazendo a experiência de tomar entre as mãos uma dessas peças a que chamamos, habitualmente, decisão ou sentença. É claro que, ao fazê-lo, não teremos na mão a própria sentença. Esta, originariamente, é algo que foi sentido e daí seu nome de sentença. Mas, esse sentimento, pela razão dada anteriormente, necessitou ser registrado ou documentado. O que temos entre as mãos, pois, não é mais que o documento representativo (que apresenta de novo, dizíamos) daquilo que o Juiz sentiu como direto.

Interessante esta ideia, originária de Cícero, da sentença como ato individualizado do Juiz – sentimento –, a qual será mais adiante retomada; porém, não mais sob este viés quase romantizado, mas, sim, em razão da Teoria Econômica da Escolha Racional Limitada.

Giuseppe Chiovenda, por sua vez, já define a sentença como corolário do aspecto técnico-jurisdicional do processo, ou seja, como um ato de tutela estatal, em razão da vontade da lei, com o desiderato de pôr termo ao processo por meio da prestação jurisdicional (CHIOVENDA, 1998 [1934]).

No vigente Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 162, §1º, com a alteração que lhe foi dada pela Lei 11.232/2005, a definição de sentença cinge-se, como não poderia deixar de ser, ao conceito técnico-jurisdicional, ao determinar que a sentença é ato do

Estado-juiz, pelo qual este resolve o processo, com ou sem solução de mérito. Em sua expressão literal, assim determina o Código de Processo Civil brasileiro:

[...]

Art. 162. Os atos do Juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos:

§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica em alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 desta Lei.

Em verdade, contudo, tanto da definição clássica da teoria jurídica quanto da definição que se extrai do texto legal vigente, não se percebe a presença de importante característica do ato sentencial, qual seja a de que se constitui como uma regra de conduta social, impondo, assim, incentivos para determinadas condutas socialmente desejáveis.

Ao contrário, portanto, do que ressalta a Teoria Clássica do Direito, a sentença, como ato do Estado-juiz que dirime conflitos processualmente apresentados, possui uma característica para além da individualidade da demanda que lhe serve de ponto de partida. Ou seja, a sentença não apenas resolve uma lide qualquer – pretensão x resistência –, mas, também, pode afetar pessoas não diretamente envolvidas na demanda – externalidades –, bem como modelar determinados comportamentos – como regras de conduta.

Vejamos em uma situação prática: quando o Estado-juiz, por meio de sentença, torna nulo o ato de lacrar realizado pelo órgão estatal “O” e determina que uma fábrica qualquer “F” pode funcionar à beira de um córrego, provocando uma restrição de utilidade ao povo ribeirinho, não estará, como pensa a teoria jurídica clássica, resolvendo apenas uma demanda entre duas pessoas

determinadas (fábrica F e órgão estatal O), mas, sim, em razão de uma externalidade produzida, no caso negativa, estará afetando terceiros àquela relação processual inicial, ao reduzir a função utilidade que essa hipotética população teria em relação ao córrego, como por exemplo, diminuição da produção de alimentação, problemas com a higiene da população, ocorrência de doenças etc.

Em outras palavras, as decisões judiciais, em muitas situações, não apenas afetarão as pessoas demandantes, como regra que se impõe pela força coercitiva do Estado. Mas, independente dessas, poderão afetar outros/terceiros que sequer participaram da demanda, e, talvez, nem dela tinham conhecimento, por meio dos efeitos e consequências, ou seja, em razão das externalidades que as sentenças poderão vir a provocar.

Esse fenômeno, qual seja, a possibilidade de determinados atos (como *in casu* as sentenças) afetarem terceiros não constantes da relação inicial, e que dela não participaram, a teoria econômica define por externalidade (IPPOLITO, 2005).

Externalidade, pois, em seu conceito econômico, é a “ação de um produtor ou consumidor que afeta outros produtores ou consumidores, mas que não é considerada no preço de mercado” (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 576).

Trazendo este conceito econômico para o mundo jurídico, diz-se de um ato jurídico (p. ex., sentença, contrato etc) que provocam consequências, positivas ou negativas, para além das partes diretamente envolvidas.

De certa forma, diga-se, o atual e vigente Código de Processo Civil, no capítulo VI, do título II, do livro I, denominado “Da intervenção de terceiros”, em seus artigos 56 a 80, por meio dos institutos da “oposição”, “nomeação à autoria”, “denúnciação da lide” e do “chamamento ao processo” prevê a possibilidade de estranhos à relação processual inicial ingressarem no processo. Po-

rém, o próprio Código faz muitas restrições e estabelece muitas limitações para este ingresso, o que nos permite fazer uma ilação inicial de que a lógica da legislação processual é a de priorizar a atuação jurisdicional aos demandantes.

Aliás, com este mesmo espírito, diga-se, também dentro da teoria contratual há o princípio da relatividade contratual, o qual diz respeito à limitação, em tese, do contrato às partes contratantes.

Dito isto, este não é o aspecto central do presente estudo, embora ilustre, tanto quanto o fato de que a sentença pode estar além da simples resolução de uma lide entre, apenas, dois polos de uma mesma demanda.

O que importa para a presente discussão é o fato de que as decisões judiciais são regras de conduta social, situando-se no campo das regras (instituições) formais (NORTH, 2009).

Antigo axioma jurídico já expressava que *ubi homo ibi societas; ubi societas ibi jus*. Onde há o homem, há a sociedade, onde há a sociedade, há o direito –, entendendo-se o direito aí como regra.

Não há dúvida de que a sociedade se organiza por regras, estabelecendo as condutas socialmente desejadas. Sejam regras formais, por exemplo, segundo Douglass C. North, a política, a Justiça, a economia e os contratos. Ou, sejam por regras informais, tal como, ainda de acordo com o mesmo autor, a cultura.

As regras constituem-se em incentivos para a fixação ou retirada de determinados comportamentos humanos, conforme as opções sociais. Para a teoria neoinstitucionalista, da qual faz parte o já mencionado autor Douglass C. North, as instituições, ou seja as regras, formais e informais, são definidoras dos incentivos necessários à formatação das condutas socialmente desejadas – de per si, ou, principalmente, pela interação entre ambas.

Acrescente-se, ainda pela teoria neoinstitucionalista de North, que o desenvolvimento de um país estaria relacionado à

queda do custo de transação, exatamente provocada pela presença das instituições e organizações; este último, grosso modo, entendido como grupos sociais organizados. E mais, como bem especifica Ivo Gico Júnior, o desenvolvimento se alia, também, à outra faceta da queda do custo de transação, qual seja a cooperação, ao mencionar que:

O problema fundamental do desenvolvimento econômico é, dentro das possibilidades tecnológicas e das dotações disponíveis, criar um ambiente institucional que fomente a cooperação, aqui entendida como a coordenação de atividades produtivas entre os agentes e trocas voluntárias (GICO JÚNIOR, 2012, p.12).

Do rol das instituições formais, sem dúvida alguma o direito – aí entendido pela sua definição de regra – assume posição privilegiada, pois traz consigo, mais do que qualquer outra regra formal e, obviamente, informal, a força coercitiva do Estado. Em outras palavras, a presença *manu militari* do aparato coercitivo do Estado, a fim de garantir o *enforcement* das regras vigentes, garante ao Direito extrema relevância para a modelagem das condutas socialmente desejadas. Claro que, desse mesmo contexto, emerge o próprio Poder Judiciário.

Isso porque, tais como as regras decorrentes do processo legislativo, as regras que emanam das sentenças judiciais, como regras formais que são, encontram-se inseridas dentro da ideia dos incentivos sociais; porém, ao contrário do exposto pela teoria clássica do Direito, tais regras estendem-se não só às partes processualmente envolvidas em uma demanda. Em suma, ou alcan-

çam terceiros por meio das externalidades, como antes já visto, ou por meio de incentivos.

A título de exemplo, as decisões judiciais reiteradas sobre indenização por danos morais, decorrentes da negativação indevida nos cadastros de proteção ao crédito, são incentivadoras de uma maior litigância, por gerarem uma perspectiva de ganho, agregada ao baixo custo processual (SANTOS FILHO; TIMM, 2011)

Pedro Henrique Costandrade (2012 , p. 210) traz outro exemplo de incentivo dado por uma decisão judicial, *in casu*, quanto à Súmula n. 379, do STJ, a saber:

[..]

Algumas decisões judiciais, inclusive, estimulam esse descumprimento, como é o caso da Súmula 379 do STJ, que, interpretando o art. 406 do Código Civil, estabeleceu que, nos contratos bancários, não é possível sejam estipulados juros moratórios superiores a 1%.

Entretanto, literalmente, o art. 406 pretende estabelecer cláusula supletiva aos contratos, uma vez que dispõe que ‘Quando os juros moratórios não forem convencionados [...], serão fixados seguindo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional’, tendo a referida súmula ampliado o disposto neste dispositivo para estabelecer limitação ao teto dos juros moratórios que podem ser fixados pelas partes. O custo de contratação de novo empréstimo para quitação da obrigação anterior firmada, por exemplo, é, em geral, superior a esse

custo estabelecido pelo não cumprimento da obrigação e, dessa forma, estimula-se que a obrigação seja descumprida, sabendo que a taxa de juros máxima é de apenas um por cento ao mês, enquanto o empréstimo teria taxa de sete a dez vezes superior.

Como regras formais que são, as decisões judiciais extrapolam os limites das relações processuais iniciais, situando-se de forma mais ampla. Logo, com esteio nesta premissa, por serem regras de incentivo, as decisões judiciais provocam interferências no seio social, por modelarem comportamentos sociais, o que faz com que o elemento da consequência do ato jurisdicional tenha, ou deveria ter, importância no momento decisório.

2 CASOS SOBRE DECISÕES JUDICIAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Este item tem a pretensão de trazer alguns casos reais, cujas decisões judiciais extrapolaram os limites processuais e acabaram por formar um importante repositório de incentivo social, e, o que é mais importante, com alto grau de previsibilidade, a saber:

2.1 O CASO DA “SOJA VERDE”

O caso foi relatado por Luciano B. Timm (2008) sobre fatos ocorridos no interior do Estado de Goiás, em que agricultores, especialmente de soja, ingressaram na Justiça e acabaram prejudicando outros agricultores que não haviam ingressado.

Relata que para financiarem as safras, alguns agricultores se valiam de financiamento privado, em que instituições financeiras

compravam antecipadamente as safras, com pagamento imediato aos agricultores, os quais, por sua vez, se capitalizavam para o plantio e, no ano seguinte, entregavam o produto, já tendo incluído aí o lucro na venda antecipada.

Em um determinado momento, por um boom posterior no preço da soja, alguns agricultores que se encontravam na situação antes descrita valeram-se da Justiça para uma ação revisional dos contratos, a fim de não terem que entregar o produto, tendo por causa de pedir a teoria da imprevisibilidade, o enriquecimento sem causa das instituições financeiras e a função social redistributiva dos contratos.

O Tribunal de Justiça de Goiás deu ganho de causa aos agricultores, tendo havido, a partir daí, para aqueles que não ingressaram na Justiça com a mesma demanda, uma retração na concessão dos financiamentos das safras nos moldes antes praticados, ou seja, com a compra antecipada da safra, dado o elevado risco para as instituições financeiras.

Malgrado o Superior Tribunal de Justiça, pelo REsp 803.481/GO, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em julgamento de 28/06/2007, ter reformado a decisão do TJ/GO, o prejuízo aos demais agricultores já havia se operado, em razão do novo comportamento que os agentes financeiros passaram a ter, dado o significativo incremento do elemento risco. Vale, contudo, o registro do referido acórdão do STJ, ante a utilização de elementos econômicos para o deslinde da controvérsia, a saber:

DIREITO CIVIL E AGRÁRIO. COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA A PREÇO CERTO. ALTERAÇÃO DO VALOR DO PRODUTO NO MERCADO. CIRCUNSTÂNCIA PREVISÍVEL. ONEROSIDADE

EXCESSIVA. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, BOA-FÉ OBJETIVA E PROIBIDADE. INEXISTÊNCIA.

- A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola não era imprevisível.

- Na hipótese afigura-se impossível admitir onerosidade excessiva, inclusive porque a alta do dólar em virtude das eleições presidenciais e da iminência de guerra no Oriente Médio – motivos alegados pelo recorrido para sustentar a ocorrência de acontecimento extraordinário – porque são circunstâncias previsíveis, que podem ser levadas em consideração quando se contrata a venda para entrega futura com preço certo.

- O fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato.

- A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura.

- A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escoreita e leal. Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquinar seu comportamento de violador da boa-fé objetiva. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 803481/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/06/2007, DJ 01/08/2007, p. 462)

2.2 O CASO DA SANÇÃO DA LOMAN

A Lei complementar n. 35/1979 (LOMAN), em seu artigo 42, estabelece as penas disciplinares a que se submetem os magistrados infratores de alguma conduta ilícita. São as penas: Inc. I – advertência; Inc. II – censura; Inc. III – remoção compulsória; Inc. IV – disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço; Inc. V – aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço e Inc. VI – demissão.

Para a pena de demissão, a LOMAN determinava, ainda, que esta só seria aplicada, conforme seu artigo 26, em caso de ação penal por crime comum ou de responsabilidade e em processos administrativos, para quando o magistrado exercesse outra função, salvo um magistério, ou recebesse custas e/ou percentagens, ou, ainda, se exercesse atividades político-partidárias.

Todavia, o entendimento sufragado, posteriormente, tanto pelo STF quanto pelo próprio CNJ, foi de que o artigo 95, inciso I,

da Constituição Federal não permitiu que a pena administrativa de demissão, prevista na LOMAN, fosse recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Isto porque o mencionado inciso I, do artigo 95 Constitucional assim determina:

[...]

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado.

Portanto, para a demissão de um magistrado, necessitar-se-á de decisão judicial com trânsito em julgado. Poucos são os casos, no Poder Judiciário pátrio, de juízes que tenham sido demitidos por sentença judicial transitada em julgado.

No que tange ao aspecto dissuasório que a sanção exerce, sabe-se, pela teoria econômica da pena, que este efeito é diretamente proporcional à probabilidade da punição (ALENCAR; GICO JÚNIOR, 2011; COOTER; ULEN, 2010).

Sendo, pois, a pena de demissão prevista na LOMAN apenas passível de aplicação após sentença judicial transitada em julgado e sendo insignificantes os registros conhecidos desse tipo de determinação judicial, é certo que o fator probabilidade de aplicação da sanção, para essa pena, está próximo ao zero. Logo, não há incentivo dissuasório ao magistrado infrator de ilícito penal. Recaindo sobre este, apenas, como pena máxima, a aposentadoria compulsória e, ainda, com ganhos proporcionais, o que não se tem

demonstrado como um elemento realmente repressor. Não se está aqui a dizer, até porque não há dados para tal, que a ausência de sentenças de demissão de magistrados, com trânsito em julgado, seja resultante de leniência do Poder Judiciário. Outros fatores podem estar contribuindo para tanto: ausência de provocação por parte do Ministério Público; ausência de decisões administrativas nos Tribunais etc.

Contudo, sobre a ausência do caráter dissuasório da atual situação judicial e legal envolvendo o tema, merece registro interessante caso relatado pelo jurista JJ. Calmon de Passos (2000, p. 127), a saber:

Na condição de Presidente da Seccional da Bahia da Ordem dos Advogados do Brasil, recebi de determinada Comarca de meu Estado uma representação, firmada por todos os partidos políticos, todas as igrejas, clubes de serviço, sindicatos, associações locais e ainda pelo dono de um bar contra pessoa do juiz de Direito, acusado de embriaguez habitual, violência, desregramento sexual e outros fatos que, no dizer dos representantes, tornavam-no indigno para a função. [...] deliberou o Tribunal colocar o juiz em disponibilidade, estando ele, até hoje, com o privilégio de continuar sua vida desregrada, devidamente financiado pelo contribuinte baiano. Tive, inclusive, o desgosto de ver este magistrado dizer que eu o beneficiara, porquanto, antes, precisava fazer malabarismos para levar suas prostitutas à praia em Salvador e agora isto ele podia fazer livre de todo e qualquer temor.

3 CONSEQUÊNCIAS DO ATO DECISÓRIO JUDICIAL: ALGUMAS REFLEXÕES

Do que se disse até o momento, não há dúvida de que as decisões judiciais, ao contrário do que faz supor o comando legal do Código de Processo Civil e a Teoria Clássica do Direito Processual, produzem efeitos não só às partes inicialmente atreladas ao processo.

São contratos que são afetados, são níveis de precaução que são (re)ponderados, são, portanto, diversas e inúmeras situações pessoais e relacionais que, de forma positiva ou negativa, acabam sofrendo algum tipo de influência decorrente de determinada posição decisória assumida pelo Poder Judiciário.

A questão das consequências do ato sentencial pode surgir em dois momentos: antes de todo o processo, ou ao final do processo. Se aceitarmos a possibilidade de surgir antes do processo decisório, então estamos a admitir que todo o *iter* decisório foi determinado por uma consequência previamente tomada. Caso se posicione pelo segundo momento, estar-se-á, para esta hipótese, a admitir que a decisão final do magistrado não foi toda influenciada pelas consequências (SCHUARTZ, 2011).

Essa primeira hipótese, onde a decisão D é tomada por não haver outra decisão possível nem superior a esta, Luiz Schuartz (2011) denomina consequencialismo forte. A segunda hipótese é denominada pelo autor como consequencialismo residual.

Algumas críticas são passíveis ao consequencialismo forte. Inicialmente, esse possui caráter maniqueísta e reducionista ao perceber e enxergar a demanda sob um único viés, previamente forjado. Por outro lado, a escolha *ex ante* que proporciona incorre em insuperável problema de ausência de informações completas, além da ausência de processamento perfeito destas, mesmo que imperfeitas (SCHUARTZ, 2011).

Por sua vez, o consequencialismo residual, ao entender que o ato da escolha da consequência surgirá após processo de depuração das possibilidades legais-factuais inerentes ao processo, apresenta-se mais consentâneo com as escolhas racionais que o magistrado procede ao longo do processo decisório (SCHUARTZ, 2011).

O ato decisório, ao final e a cabo, mais do que um ato hermenêutico interpretativo, ou além disso, é um ato de escolhas por parte do magistrado. Não que inexista o trabalho técnico hermenêutico por parte dele, mas, ao lado da hermenêutica e ao longo de todo o processo de convencimento e decisão, o julgador passa por diversas escolhas: fato A ou B? Depoimento A ou B? Norma A ou B? Decisão A ou B? Principalmente no Brasil, onde o capital jurídico é subvalorizado, implicando em incertezas e espaços para eternas inovações (GICO JÚNIOR, 2012).

Admitindo-se, pois, esse processo de escolhas, a Teoria da Escolha Racional (TER), em sua perspectiva limitada – por ser mais realista –, apresenta algumas características importantes, tais como, dentre outras, a coerência entre meio e fim, a completude e a transitividade.

A coerência entre meio e fim implica na consistência entre preferências e ações. A completude diz que todo agente racional é capaz de possuir preferência e ordená-las. Por fim, a transitividade pressupõe a consistência lógica entre as preferências – A é preferível a B que é preferível a C, daí preferir A a C (SILVA, 2007).

Note-se que a escolha racional não trabalha a hipótese de afetação às preferências, pois elas são individuais, prévias, via de regra, e se submetem a toda ordem de influências – dogmática, religiosa, cultural, social, familiar etc. –, as quais, porém, não são objeto da preocupação da economia, por completa ausência de objetividade em sua discussão, por exemplo, prefiro Flamengo ao Vasco, vinho à cerveja. O que, também, não afasta o interesse e a

necessidade por pesquisas que visem à construção dos perfis dos julgadores, a fim de que a sociedade possa ter a ideal transparência acerca das preferências destes.

Não se olvidando, como já dito anteriormente, mas sem adentrar nesta questão por não ser o objeto do presente trabalho, nem sempre o magistrado age de forma racional, como aqui descrita. Pois, muitas das vezes, este age por vieses comportamentais, os quais fogem ao comportamento inicialmente esperado (JOLLS; SUNSTEIN, 2006).

Se aceitarmos que o ato do julgador é um ato de escolha, ter-se-á que admitir que o resultado dessa escolha será coerente se e somente se o julgador respeitou os requisitos e institutos da escolha racional.

Daí o consequencialismo residual ser mais aceitável, pois limita a um determinado momento - o final do processo decisório - a escolha das consequências possíveis, ou seja, as preferências do magistrado, limitando, assim, o campo de influência dessas.

Em outros termos, após o processo de seleção do campo normativo aplicável, após o processo de subsunção do fato à norma específica aplicável, poderá estar o julgador diante de duas possíveis decisões. A partir daí adotar-se-á a decisão mais compatível com a sua escolha racional – sua preferência.

Um exemplo notável da situação acima descrita ocorreu durante o recente julgamento da Ação Penal n. 470, no Supremo Tribunal Federal, denominada “Ação do mensalão”. Quando do julgamento da questão de ordem acerca do cabimento ou não dos embargos infringentes, duas posições decisórias opostas e ambas juridicamente possíveis estavam em debate. Assim sendo, o Ministro Celso de Mello, ao proferir seu voto de desempate, diante das duas opções juridicamente possíveis, fez a opção pelo cabimento dos embargos infringentes – manifestando sua escolha so-

bre o tema. Exerceu, pois, a escolha da preferência que possuía e possui, tendo sido, aliás, coerente com suas posições anteriores, revelando, portanto, extrema racionalidade na escolha efetuada, independentemente das preferências dos outros.

Assim, muito embora consistente a decisão prolatada, do ponto de vista da racionalidade, o Magistrado não refletiu acerca das consequências desta decisão sobre outras partes em situações similares. Logo, em uma externalidade positiva, acabou por consolidar a todos os outros demandantes, em situação similar, a existência de mais um tipo recursal.

Outros aspectos surgem também na discussão sobre o consequencialismo jurídico. A primeira, e mais visível, diz respeito à questão das informações.

Notadamente, os processos produzem, via de regra, informações incompletas, pois não descrevem o fato por inteiro, e imperfeitas, pois não descrevem o fato corretamente. Determinar as consequências futuras dos processos, com certo grau de segurança, mas com base em informações imperfeitas e incompletas, por óbvio, não é das tarefas mais simples e consistentes. O risco de perceber o fato jurídico com imperfeições ou vieses não existentes é muito elevado – o que dificulta a tomada coerente e consistente de uma determinada escolha.

Assim, a fim de minimizar tal situação, deverá o magistrado, ao longo do processo, cercar-se da melhor prova (informação) possível, sem, contudo, aumentar de forma demasiada o custo desse procedimento.

Ressalte-se, também, a questão acerca da fundamentação: pelo artigo 458 do Código de Processo Civil, a sentença é formada pelo relatório, pela fundamentação e pela decisão. Na fundamentação, inciso II do referido artigo processual, o magistrado deverá ressaltar as questões de fato e de direito. Caso o magistrado torne

expresso que o fundamento para determinada escolha decisória foi da consequência que teria, estaria essa fundamentação sob o crivo do reexame recursal, portanto, submetendo-se a toda e qualquer consequência processual inerente ao ato de fundamentação.

Por outro lado, caso o magistrado se valha de regras econômicas para a sua fundamentação e não de regras jurídicas estritas, estará, também, por isso, submetido ao crivo do reexame recursal. Para este último caso, não há óbice para a utilização de fundamentos de outras áreas das ciências sociais, conforme o STJ no julgamento do REsp 803.481/GO, anteriormente transcrito.

CONCLUSÃO

O tema que envolve o ato decisório judicial merece mais pesquisas e trabalhos acadêmicos, notadamente tendo por base a utilização de outras áreas do conhecimento, como suporte teórico ao Direito.

Perceber que as decisões judiciais vão além dos limites do processo é um avanço que a teoria econômica consegue compreender com mais profundidade e pertinência.

Da economia, pode o Direito valer-se do conceito da externalidade, isto é, quando determinado fato passa a alcançar e influenciar outros (terceiros) que não fizeram parte da relação primitiva. Assim, com base nesse conceito econômico, entende-se que o ato de decidir do magistrado pode alcançar outros que não estão na relação processual originária como partes, criando, inclusive para esses, regras de conduta social.

Por seu turno, entender o ato decisório como fruto de uma decisão/escolha pública, ou dentro da teoria de agente-principal, ou, então, como aqui proposto, por meio da Teoria da Escolha Racional Limitada, são possibilidades teóricas que se abrem pela

Análise Econômica do Direito, as quais conseguem superar o reducionismo imposto pela Teoria Clássica do Direito.

Neste artigo, trabalhou-se a ideia de que o ato de decidir do magistrado é uma escolha que ele realiza, daí a opção do referencial teórico da escolha racional. Portanto, as escolhas decisórias e suas consequências são decorrentes das situações determinadas pelas preferências do magistrado.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo. **Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção**. Jan. 2011. Disponível em: <http://www.works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1551&context=ivo_teixeira_gico_junior>. Acesso em: 01 nov. 2013.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. LOMAN. **Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Bookseller, 1998 [1934], v. 3.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTANDRADE, Pedro Henrique Arazine de Carvalho. **Por que as partes litigam?: a racionalidade econômica da litigância**. 2012. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Departamento de Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF.

COUTURE, Eduardo. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998 [1949].

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1992.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. 2012. 146 p. Tese (Doutorado em Economia), Departamento de Economia, Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, DF.

IPPOLITO, Richard A. **Economics for Lawyers**. Princeton: Princeton University Press, 2005.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. Debiasing through law. **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 35, p. 199-241, jan. 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992 [1924].

NORTH, Douglas. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. 28. ed. Cambridge. Cambridge University Press, 2009.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel, L. **Microeconomia**. 7. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010.

SANTOS FILHO, Hermílio Pereira dos; TIMM, Luciano Bemetti (coord). **Demandas Judiciais e morosidade da justiça civil**. Mar. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2013.

SCHUARTZ, Luís Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto e BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383-418.

SILVA, de Plácido e. Sentença. In: SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1277.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. **Ética e Economia: impactos na política, no direito e nas organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença cível: fundamentos e técnica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça? In: MACEDO Jr, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287-306.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

