

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL I**

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito, economia e desenvolvimento sustentável I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Felipe Chiarello de Souza Pinto, Sébastien Kiwonghi Bizawu – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-330-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Economia. 3. Desenvolvimento Sustentável. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL I

Apresentação

Setenta e um (71) anos após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e a criação da Organização das Nações Unidas (1945), cinquenta e oito (58) anos após a adoção pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas da Declaração Universal dos Direitos Humanos (10 de dezembro de 1948), notam-se, ainda, as violações sistemáticas dos Direitos Humanos, os conflitos armados entre Estados, a proliferação de grupos armados e o difícil diálogo para internacionalizar e efetivar os direitos humanos. A busca e a manutenção da paz e da segurança internacionais se tornam cada vez mais distante, tendo em vista os crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade aos quais acrescentam-se os crimes ambientais, em vários casos irreversíveis com danos incalculáveis devido ao endeusamento da economia.

Em sua Encíclica *Laudato Sí, mi Signore* (Louvado sejas, meu Senhor!), o Papa Francisco, apesar de considerar as mudanças positivas no processo evolutivo da sociedade, lamenta, sobremaneira, a falta de conscientização do ser humano diante dos problemas ambientais. Para o Papa Francisco (2015),

A contínua aceleração das mudanças na humanidade e no planeta junta-se, hoje, à intensificação dos ritmos de vida e trabalho, que alguns, em espanhol, designam por «rapidación». Embora a mudança faça parte da dinâmica dos sistemas complexos, a velocidade que hoje lhe impõem as ações humanas contrasta com a lentidão natural da evolução biológica. A isto vem juntar-se o problema de que os objetivos desta mudança rápida e constante não estão necessariamente orientados para o bem comum e para um desenvolvimento humano sustentável e integral. A mudança é algo desejável, mas torna-se preocupante quando se transforma em deterioração do mundo e da qualidade de vida de grande parte da humanidade. (PAPA FRANCISCO, 2015, 18).

Daí, a necessidade de um convite urgente a renovar o agir comportamental do ser humano a fim de construir o futuro do planeta, promovendo-se debates sobre o desafio ambiental. O presente livro vem, exatamente, retomar os temas mais desafiantes em um mundo em transformação, a saber, Direito, Economia e Desenvolvimento sustentável. Não há dicotomia entre os três, menos ainda paradoxo, mas é preciso cuidar do Planeta, considerado, a “Casa Comum” em face do poder econômico e da necessidade de um desenvolvimento humano sustentável e integral.

No primeiro capítulo, Rodrigo Fernandes e Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes, em “Análise econômica da proteção do meio ambiente: crise e tributação ambiental”, analisam a relação entre ordem econômica e meio ambiente, trazendo à tona a discussão sobre processo produtivo e consumo insustentáveis, apontando a necessidade de intervenção do Estado na economia através da tributação e da regulação da própria economia, tendo em vista abordagens multidisciplinares.

No segundo capítulo, Andressa Kelle Custódio Silva, Fernando Marques Khaddour, discorrem sobre a “análise do papel do estado na punição do crime de perigo abstrato nas infrações ambientais como forma de assegurar um futuro sustentável”, e abordam “a criminalização das condutas que exauram o chamado crime de perigo abstrato, sendo essa punição através da tutela ambiental a única maneira de alcançar um futuro sustentável.” Destaca-se a urgência da atuação do direito penal ambiental como forma de reduzir e proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No artigo “normas tributárias indutoras e o fomento da economia criativa para o desenvolvimento do nordeste brasileiro”, Evilásio Galdino de Araújo Júnior e Patrícia Borba Vilar Guimarães propõem “uma reflexão acerca do papel das normas tributárias indutoras no cenário político e econômico brasileiro, com ênfase no objetivo constitucional de promoção do desenvolvimento e minimização de desigualdades”, refletindo sobre a região Nordeste brasileira com base na doutrina de Geraldo Ataliba e Luís Eduardo Schoueri, bem como a teoria do desenvolvimento de Amartya Sen. Para os autores, faz-se necessário que a política indutora seja uma ferramenta a ser utilizada dentro de uma política pública mais sólida vinculada à política pública de economia criativa.

Tratando-se de “novos paradigmas de direitos sociais e a dignidade da pessoa humana, analisados sob o enfoque do direito de personalidade do trabalhador em um mundo globalizado”, Marco Antônio César Villatore e Marcelo Rodrigues manifestam a preocupação com a atual crise econômica do Brasil e da necessidade de proteger o trabalhador da exploração dos maus empregadores, ressaltando a dignidade da pessoa humana perante a globalização.

O ativismo judicial e análise econômica dos contratos empresariais é tema do trabalho dos autores Matheus Moysés Marques Dutra de Oliveira e Deborah Delmondes De Oliveira. Discutem-se as implicações do ativismo nos contratos mercantis e seu impacto econômico, levando em conta as questões atinentes à previsibilidade e eficiência dos contratos comerciais para redução dos custos de transação.

Carolina Guerra e Souza e Gustavo Ferreira Santos apresentam “a necessidade de uma governança democrática na regulamentação das agências de rating: pluralismo jurídico e a crise econômica de 2008”, pois, no contexto atual de pluralismo jurídico, segundo os autores, é primordial o envolvimento da sociedade na formação de um consenso alargado para repensar a atuação das agências de rating. Visa-se, com o trabalho, defender a governança democrática como ferramenta de inclusão na atuação autorregulatória do mercado.

Vinicius Luiz de Oliveira, aborda “os efeitos da globalização econômica na crise da jurisdição brasileira”, partindo do modelo de Estado Social de Direito, para discutir-se o alcance da atual crise de efetividade das normas jurídicas. No entendimento do autor, “os impactos jurídicos e sociais de fenômenos complexos como a globalização econômica não são perceptíveis a curto prazo. Questiona-se em que medida a crise da jurisdição é reflexo de uma crise de soberania do Estado moderno”.

O instigante trabalho de Sébastien Kiwonghi Bizawu e Vânia Ágda de Oliveira Carvalho, intitulado “Estabilidade financeira e integração econômica: a efetividade da sustentabilidade no século XXI”, propõe um repensar da atual situação financeira econômica no século XXI e do modelo de crescimento econômico, procurando alinhá-lo ao ideal preconizado pelo desenvolvimento sustentável.. Após discorrer acerca do assunto, conclui-se pela ineficiência da integração monetária.

Quanto a Mario Jorge Tenorio Fortes Junior e Ariel Salette de Moraes Junior, ambos trazem no bojo da discussão a “globalização mais humana: da boa governança em prol da defesa do socioambientalismo”, afirmando que o crescimento econômico deve ser compatibilizado com outros valores e que é importante “demonstrar a necessidade de melhoria da proteção socioambiental, destacando sua importância em âmbito local (nacional)”, mas também a” necessidade de ampliação territorial desta tutela, mediante adoção de técnicas de boa governança que ultrapassem as fronteiras de determinada nação com a finalidade de assegurar a proteção socioambiental em âmbito global”.

No artigo “ICMS ecológico paraense frente à análise econômica do direito”, Bernardo Mendonça Nobrega, tendo por marco teórico Richard Posner e Steven Shavell, apresenta o ICMS verde como instrumento de proteção do meio ambiente e visualiza suas consequências quanto ao desenvolvimento sustentável.

Miguel Etinger De Araujo Junior e Lincoln Rafael Horacio falam da “Indução da economia pelo estado em prol do meio ambiente”, buscando inspiração em Norberto Bobbio (Da Estrutura à Função: novos estudos da Teoria do Direito), analisam o papel do Estado

enquanto ente obrigado constitucionalmente a proteger o meio ambiente, apresentam um estudo dos instrumentos de indução econômica que podem ser utilizados na atuação estatal. Para tanto, abordam a “relação existente entre o poder estatal e a proteção ao meio ambiente à luz das externalidades negativas e das possíveis intervenções indutivas das quais o Estado pode se valer para minimizar as mazelas delas decorrentes”.

A Lei complementar nº 147 e a incansável busca pelo controle da atividade econômica é o trabalho da autoria de Carlos Augusto Dos Santos Nascimento Martins em que destaca a função do Estado enquanto fomentador da atividade empresarial e orientador de políticas públicas voltadas a consecução dos objetivos revelados pela Constituição Republicana, quanto a ordem econômica e o desenvolvimento social.

Alexandre Pedro Moura D'Almeida e Aline Bastos Lomar Miguez, escrevendo sobre “O desenvolvimento promovido no Brasil pelo dinheiro entre o Banco do Desenvolvimento Nacional e o Tesouro Nacional”, discorrem sobre o desenvolvimento promovido pelo impacto dos desembolsos praticados pelo BNDES na sociedade, considerando o seu entrelaçamento com o Tesouro Nacional e tendo em vista a seletividade dos seus desembolsos. O autor afirma que houve uma distorção no poder de compra da moeda por meio de técnica inflacionária, prejudicando toda a sociedade.

Para Osmar Gonçalves Ribeiro Junior e Heber Vinicius Brugnolli Alves, “O protecionismo comercial pós Bretton Woods e o mito do desenvolvimento econômico”, demonstra que o protecionismo aplicado pelos países desenvolvidos, bem como a difusão da ideia do desenvolvimento econômico pelos países em desenvolvimento leva à criação do mito do desenvolvimento econômico.

Luan Pedro Lima Da Conceição trata de “Paragominas município verde e a participação popular: a busca pelo desenvolvimento sustentável”, abordando as políticas públicas destinadas ao desenvolvimento sustentável adotadas na Região Amazônica, notadamente, as políticas implantadas no Município de Paragominas através do conceito de “Municípios Verdes”. Analisa também, do outro lado, tais políticas sob a ótica de uma cidadania ambiental.

João Adolfo Maciel Monteiro escreve sobre a “Política agrícola comum: uma perspectiva histórica sobre avanços e embates internacionais”, destacando o papel da União Europeia com relação ao desenvolvimento e financiamento do setor agrícola regional. Para o autor, “os

valores dispensados a título de financiamento, subsídios e compensações para esse sector são elevados frente ao orçamento da União Europeia, e nem sempre distribuídos de forma igualitária entre os Estados-Membros, bem como no tratamento com o mercado externo.”

Os autores Giovani Clark e Bruno Fernandes Magalhães Pinheiro de Lima discutem sobre a ausência da efetividade qualitativa das políticas urbanas brasileiras baseadas no artigo 182 da CF/88 e nos instrumentos presentes na Lei nº 10.257/2001 e formulam problema de que as políticas urbanas não estão alcançando seus objetivos, reproduzindo as desigualdades e problemas configuradas na permanente "crise urbana" brasileira que os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 10.253 de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade – pretendem combater.

Pelo exposto, caros leitores, não se pode olvidar que os três pilares, objetos do título do presente livro “Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável”, uma vez conjugados, corroboram para combater a pobreza e visam a melhorar as condições de vida e, ao mesmo tempo, assegurar a prosperidade e a segurança às gerações futuras e o bem estar-social a todos os povos. O desenvolvimento não pode ser apenas econômico, mas também e, sobretudo, humano e sustentável, pois, conforme a ONU, “o objectivo do desenvolvimento sustentável é estabelecer padrões que equilibram os aspectos econômicos, sociais e ambientais das atividades humanas para encontrar um equilíbrio coerente e sustentável a longo prazo.” (tradução nossa).

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu - ESDHC

ATIVISMO JUDICIAL E ANALISE ECONOMICA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

JUDICIAL ATIVISM AND THE ECONOMIC ANALYSES OF THE BUSSINESS CONTRACTS

**Matheus Moysés Marques Dutra de Oliveira
Deborah Delmondes De Oliveira**

Resumo

No presente artigo procurou-se fazer algumas considerações acerca do ativismo judicial aplicado aos contratos empresariais à luz da análise econômica dos contratos. A discussão que se propõe tem como referência as implicações do ativismo nos contratos mercantis e seu impacto econômico. Para tanto, inicia-se com um panorama sobre as concepções do ativismo judicial, expondo sua diferenciação para a judicialização. Seguindo, conceitua-se a análise econômica dos contratos segundo a teoria econômica. Prosseguindo, parte-se para a verificação do impacto do ativismo no estudo da análise econômica dos contratos. Finalmente, apresenta-se um dos “caminhos” a ser adotado visando o bem estar das partes.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Contratos empresariais, Análise econômica dos contratos

Abstract/Resumen/Résumé

In this article we tried to make some considerations about judicial activism applied to business contracts by the economic analysis of contracts. The discussion proposed has reference to the implications of activism in commercial contracts and their economic impact. Therefore, it starts with an overview of the concepts of judicial activism, exposing their differentiation to legalization. Following, conceptualizes to economic analysis of contracts according to economic theory. Proceeding, it checks the impact of activism in the study of economic analysis of contracts. Finally, it presents one of the "paths" to be adopted to improve the welfare.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Bussiness contracts, Economic analyses of contracts

1 INTRODUÇÃO

O ativismo judicial tem sido objeto de inúmeros debates no âmbito jurídico e filosófico, em especial no pós Constituição de 1998.

Dada a sua amplitude temática, ou seja, seu impacto nos diversos ramos do direito, a importância do presente ensaio se mostra evidente, em especial quando se busca através do conhecimento científico fazer aplicar a análise econômica dos contratos ao citado fenômeno.

O fenômeno do ativismo judicial tem se multiplicado no ordenamento jurídico pátrio. Seu reflexo não alcança tão somente a ciência jurídica, mas, vai além, reverberando inclusive na microeconomia, a exemplo dos contratos empresariais.

As decisões judiciais originárias do ativismo judicial, quando relacionadas aos contratos mercantis, tendem a atingir diretamente para muito além da esfera patrimonial dos litigantes, mesmo nos casos em que a decisão não se aplica a todo território nacional ou a certo grupo de indivíduos.

Quando uma decisão judicial extrapola os limites da jurisdição e modifica as condições inseridas em determinado contrato, o custo de transação deste contrato fatalmente será alterado.

Como exemplo pode-se citar a declaração de inconstitucionalidade de determinada cláusula contratual que obriga o arrendatário a continuar honrando as prestações do veículo mesmo quando o mesmo é objeto de furto, ainda que não haja dispositivo legal impondo tal situação.

A empresa arrendadora percebendo o aumento do risco, que por sua vez reflete no custo de transação, passará a adotar medidas diversas para evitar que o mesmo venha a ocorrer em seus outros contratos.

Aumentou-se o risco, houve modificação do custo de transação, o preço do veículo negociado por meio do *leasing* tende a aumentar, a análise da vida financeira pregressa do arrendatário será rigorosa, o custo da fiscalização da correta execução do contrato também será majorada, dentre vários outros fatores.

A teoria econômica dos contratos funciona como verdadeiro instrumento de aferição do impacto negativo (ou positivo, se houver) que o ativismo judicial implica aos contratos mercantis e conseqüentemente ao desenvolvimento econômico pátrio, o que por sua vez mais do que justifica a importância do presente estudo.

Utiliza-se parte do arcabouço fornecido pela disciplina da econômica e aplica-se as instituições jurídicas como forma de se efetivar uma análise econômica do direito e também dos contratos.

2 CONCEITUAÇÃO E DIFERENCIAÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

O ativismo judicial e judicialização não são expressões sinônimas, a bem da verdade, são fenômenos bem diferentes. O jurista Elival da Silva Ramos assevera que o ativismo judicial caracteriza-se quando o exercício da jurisdição extrapola os limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico. (RAMOS, 2010, p.129).

Para o devido entendimento do que seria exceder os limites impostos pelo ordenamento à função jurisdicional é imperativo esclarecer o que seria jurisdição. A jurisdição é composta por 4 (quatro) elementos, devendo obrigatoriamente que todos estejam presentes.

O primeiro elemento da jurisdição é a atuação estatal. Ela é verdadeiramente uma forma de atuação estatal, que se desenvolve por meio do processo e exclusivamente pelo Estado. Atenção, pois a jurisdição é privativa do Estado, já as formas de solução de conflitos não. Assim, podemos dizer que a jurisdição trata-se de uma atuação Estatal que se desenvolve por meio do processo.

O segundo elemento da jurisdição é chamado de aplicação do direito objetivo ao caso concreto. Em outras palavras, podemos clarificar a ideia com o entendimento de que o Estado deve tanto dizer o direito como também o fazer cumprir. É aplicar o direito ao caso concreto. Seria a criação no caso concreto da norma jurídica.

A norma jurídica criada caso a caso para resolver o conflito nada mais é do que a norma legal aplicada à luz dos direitos fundamentais e princípios constitucionais de justiça.

Como terceiro elemento coloca-se a solução de conflito com definitividade. Quem vai proporcionar esta definitividade é o fenômeno da coisa julgada material. Esse fenômeno, inclusive, é privativo da atividade jurisdicional. Só se opera em decisão definitiva proferida em sede judicial.

Por fim, o último elemento é a pacificação social. A decisão proferida, além de força definitiva, deve trazer a sociedade uma pacificação social.

Assim, reunindo-se os quatro elementos tem-se o conceito de jurisdição. A jurisdição é uma atuação Estatal por meio da qual se aplica o direito objetivo ao caso concreto solucionando o conflito de interesses com definitividade e gerando pacificação social.

Pois bem, nota-se que há intrínseca relação do conceito de jurisdição com o princípio da legalidade, esculpido nos artigos 5º e 37 da Constituição Federal. Podemos dizer que a atuação do Estado é limitada pela Lei, ou seja, o exercício da jurisdição é imposto pelo que a lei determina.

Quando o Estado extrapola a imposição legal acaba excedendo os limites da jurisdição atuando como se um típico legislador o fosse.

Como exemplo podemos citar as decisões judiciais “*contra legem*”, em que o juízo profere decisão avessa a determinado dispositivo legal, criando-se nova “hipótese legal”. O poder judiciário, neste exemplo, atua como um verdadeiro “legislador positivo”, abstraindo daquele caso concreto determinado dispositivo legal e inserindo “outro”.

Ainda, o ativismo judicial pode ser visto sob um viés constitucional, conforme explica Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO,2012).

Seja qual o parâmetro utilizado para a concretização do instituto do ativismo judicial, se legal ou constitucional, o elemento da extrapolação dos limites da função jurisdicional sempre estará presente.

O ativismo se desenvolve a partir do perfil do magistrado na aplicação do direito. O magistrado que inicialmente mantinha uma posição absentéista quanto aos fatores sociais, com o tempo e de certo modo, vem mudando, por meio de provocação da própria sociedade.

Os exemplos são inúmeros. A própria transmissão por meio televisivo das sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal tem fomentado o ativismo judicial.

No julgamento referente às pesquisas de células tronco embrionárias o clamor popular foi elemento presente, tendo sido amplamente difundido inclusive nos canais abertos de televisão. O telejulgamento da sessão foi o grande responsável pela amplitude de conhecimento popular.

Note que o mesmo não aconteceu quando da aprovação da lei 11.105 do ano de 2005, que trata também das pesquisas e células tronco, dada a ausência de publicização por veículo televisivo.

Continuando, o clamor popular já não admite qualquer perspectiva de um retorno ao papel mais moderado do juiz no exercício da jurisdição, podendo tal conduta ser vista como conservadora e ultrapassada, perpetuando-se e expandindo assim o ativismo judicial.

Já o fenômeno da judicialização encontra fundamento no próprio arcabouço constitucional. Aqui não se fala em extrapolação da jurisdição, ao contrário do que ocorre no ativismo judicial.

Na judicialização os órgãos do poder judiciário atuam ativamente em campos específicos visando implementar direitos sociais que obviamente não estejam sendo atendidos pelos outros poderes competentes.

Sendo assim, pode-se conceituar a judicialização como sendo uma espécie de transferência do poder político para o poder judiciário (na efetivação de políticas públicas), especialmente em razão de todo o processo de redemocratização brasileira que expandiu o acesso à justiça, especialmente no pós Constituição da República de 1988.

Por fim, reforçamos que no fenômeno da judicialização a atuação Estatal se desenvolve dentro dos limites da legalidade, estabelecidos pela Constituição, havendo assim um mínimo grau de previsibilidade.

3 ANÁLISE ECONOMICA DO DIREITO E DOS CONTRATOS

Para o correto entendimento do que vem a ser a análise econômica dos contratos é imperativo a compreensão do que vem a ser a análise econômica do direito.

Podemos iniciar elucidando que a análise econômica do direito ou *law and economics* tem por objetivo implementar os postulados da economia no ordenamento jurídico, para assim aumentar o grau de previsibilidade e eficiência das relações inerentes às relações sociais.

Para POSNER o Direito e Economia compreende “a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico”.(POSNER, 1975).

Já em complemento, pode-se conceituar no sentido de que a Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico empírico da economia para se tentar compreender as implicações fáticas do ordenamento jurídico. (GICO Jr,2010. p.12).

Podemos complementar na tentativa de esclarecer o que vem a ser a análise econômica dos contratos por meio da verificação do seu objetivo, ou seja, indaga-se o que busca a análise econômica do direito.

São dois questionamentos que se deve fazer quando se esta explorando a ciência da análise econômica direito, sendo a primeira; quais as consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra?

Em segundo lugar, que regra jurídica deveria ser adotada? Podemos aqui utilizar alguns exemplos concretos. Qual o impacto da Lei 12.441 de 2011, criadora da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, no número de empreendedores informais? Houve redução da informalidade e das sociedades limitadas?

Aplicar tais questionamentos a dada situação teórica ou fática é utilizar-se, em parte, do que análise econômica do direito disponibiliza.

Continuando, considerando o entendimento proposto acima, passa-se ao magistério do professor Fernando Araújo:

Se proposito da análise económica dos contratos não é o de provocar uma revolução teórica, em contrapartida tem-se admitido que aquela desempenhou já um papel decisivo na reabilitação da Teoria do Contrato, num momento difícil da sua evolução em que, por vezes seguindo linhas de clivagem ideológica. (...) Dir-se-á que a Teoria do Contrato tem que remeter para um nível no qual a unidade de análise é a <<transação>> e já não o sector de atividade ou o mercado - (...) (ARAÚJO,2007.p.27-41).

Em outros termos podemos dizer que a análise econômica dos contratos procura, além doutras coisas, analisar a transação objeto dos contratos com o objetivo de alcançar a melhor performance e resultado possível, mediante a aplicação dos instrumentos fornecidos pela Análise Econômica do Direito.

Os custos de transação são aqueles relacionados a previsibilidade da atuação Estatal, a informação, os recursos, o direito de propriedade, ao monitoramento da querela e da exigência do cumprimento do contrato.

As mesmas perguntas feitas pela análise econômica do direito se repetem aqui para que possamos identificar o funcionamento da análise econômica dos contratos.

Eirik Furubotn e Rudolf Richter conceituam custos de transação nos seguintes termos:

(...)transaction costs include the costs of resources utilized for the creation, maintenance, use, change, and so on of institutions and organizations (...) When considered in relation to existing property and contract rights, transaction costs consist of the costs of defining and measuring resources or claims, plus the costs of utilizing and enforcing the rights specified. Applied to the transfer of existing property rights and the establishment or transfer of contract rights between individuals (or legal entities), transaction costs include the costs of information, negotiation, and enforcement. (FURUBOTN, RICHTER.1.997).

Pose-se definir o custo de transação por meio de seus 3 (três) componentes, sendo: informação, negociação e execução contratual. Todos esses componentes, quando relacionada à troca de direitos contratuais dos indivíduos significam custos, que logicamente podem variar. (POSNER. 1975).

A análise econômica quando aplicada aos contratos torna-se instrumento voltado a mensurar aquilo que é objeto de troca por meio da execução dos contratos.

Leva-se em conta nos contratos quais elementos podem influenciar na execução do mesmo, de modo a preservar seu fiel cumprimento e conseqüentemente valorizando-se o bem-estar social.

Busca-se compreender como será a reação do indivíduo a cada mudança de panorama contratual e social, visando ao fim construir um espaço voltado a efetividade do bem-estar social.

4 O ATIVISMO JUDICIAL E SEU IMPACTO NOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E NA INCOMPLETUDE DOS CONTRATOS

Antes de adentrarmos na análise do tópico é essencial delimitar e conceituar o que vem a ser o custo de transação.

Esta teoria foi inicialmente desenvolvida por Ronald Coase em 1937 com a publicação do livro “*The Nature of the Firm*”. Posteriormente fora mais bem elaborada especialmente por Oliver Williamson já na década de 70.

Não há uma terminologia comum que defina ou mesmo delimite o que sejam os custos de transação de maneira mais precisa, e por se tratar de um conceito dinâmico, há muitas e diferentes acepções aplicadas. Para o presente trabalho utiliza-se a mais recorrente.

A delimitação dos custos de transação pode variar conforme o objeto de análise. Em algumas hipóteses, como por exemplo o direito de propriedade, os custos de transação podem ser exemplificados como os custos de se definir e medir os recursos e garantir a aplicação dos direitos especificados.

No entanto, quando aplicada aos contratos os custos de transação incluem os custos da informação, negociação e execução (FURUBOTN, RICHTER, 1997, p.40).

Em conclusão, após ponderação das diversas propostas podemos conceituar os custos de transação como sendo aqueles relacionados a previsibilidade da atuação estatal, a informação, os recursos, o direito de propriedade, ao monitoramento da eventual discordância e da exigência do cumprimento do contrato.

Perceba que a análise do custo de transação pode se desenvolver tanto na fase pré-contratual como na contratual e pós-contratual.

Na fase pré-contratual os custos dizem respeito a elaboração ou mesmo a negociação dos acordos.

Quanto a fase de elaboração, nada mais natural que as partes contratantes antes da assinatura do instrumento de contrato simulem situações futuras que possam influenciar nas condições de adimplemento de suas obrigações. Isso é ter uma visão estratégica.

Como exemplo podemos citar os contratos de longo prazo que visam fornecimento de minério de ferro para determinada indústria. A variação cambial ou mesmo um evento extraordinário da natureza podem influenciar no preço da *commodity*.

Pensando nisso, o comprador ou mesmo o fornecedor da matéria prima provavelmente irá incluir no instrumento contratual uma fórmula econômica capaz de balancear as obrigações caso eventos de mensuração imprevisível venha a acontecer.

Essa aplicação da análise estratégica do direito, que, aliás, é extremamente complexa, será feita por profissionais de altíssima qualificação, o que conseqüentemente irá aumentar consideravelmente os custos de transação.

Já custos posteriores à contratação podem ser identificados quando as condições para o adimplemento fogem do que inicialmente fora considerado ou mesmo previsto.

As partes vão reunir forças para que o equilíbrio contratual se reestabeleça, seja de forma amigável ou mesmo litigiosa.

Para a análise econômica dos contratos o ativismo judicial tem especialmente um lado bastante danoso, pois, como já dito tende a acrescer o custo de transação.

Há ainda quem considere que o custo de transação trata-se de verdadeira anomalia no sistema constitucional dos países que adotam uma Constituição escrita. Ronald Dworkin considera o Ativismo Judicial algo nocivo, vejamos:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. (DWORKIN.1.999)

Apesar da posição adotada pelo ilustre filósofo do Direito, é inegável que no Brasil o ativismo judicial mostrou-se em dado momento como fundamental na efetivação dos direitos das minorias, como por exemplo quando do julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF o Supremo Tribunal Federal conferiu as uniões homoafetivas o status jurídico das entidades familiares.

No entanto, para o desenvolvimento do presente trabalho o ativismo judicial mostra-se, quando relacionado a questões que adentram na microeconomia, sempre maléfico.

Isso, pois o elemento previsibilidade sempre estará ausente e conseqüentemente o custo de transação será majorado, implicando assim, a depender do setor, em um retrocesso econômico e social.

Quando determinado juízo profere decisão que extrapola os limites da jurisdição e interfere nas relações privadas contratuais todo um complexo microeconômico pode ser atingido negativamente.

Explicamos, tomamos como exemplo o contrato de arrendamento mercantil, que apesar de sua natureza híbrida, tem como núcleo o financiamento, não uma prestação de dar.

Ocorre que, nos autos do processo 0186728-64.2011.8.19.0001, na AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO que tramita no juízo da 2ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, fora proferida decisão, com aplicabilidade em todo território nacional, com a seguinte parte dispositiva, vejamos:

“(b) julgo parcialmente procedente o pedido de declaração de nulidade da cláusula contratual referida do contrato de arrendamento mercantil celebrado entre as partes, que impõe a cobrança de parcelas vincendas dos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre elas, na hipótese de liquidação antecipada do contrato por perda do bem sem culpa do consumidor, ainda que este não celebre contrato de seguro;”

Considerando que as decisões judiciais devem ser cumpridas, a empresa arrendadora, ou seja, aquela que sede determinado bem para o arrendatário, já antevendo o aumento do risco do negócio, fatalmente irá calcular os custos de transação, aplicando-os aos seus demais contratos de arrendamento mercantil.

Em um país com altos índices de furto e roubo de veículos como o Brasil, imputar ao arrendador o custo em caso de furto/roubo de veículos e maquinários objeto do *leasing* logicamente representará um aumento do risco imputado a apenas uma das partes.

É natural que diante de tal imposição a instituição arrendadora passe a adotar medidas para reduzir as implicações de sua responsabilidade.

Os meios jurídicos podem ser diversos, desde a implementação de um setor específico para análise das condições financeiras do arrendatário até mesmo a imposição de maior rigidez nas condições do contrato, sem falar no aumento efetivo do valor mensal do *leasing*.

A exemplo, imagine um arrendatário (empresa mineradora) que procure uma instituição arrendadora para efetuar a contratação de *leasing* para aquisição de frota de veículos destinados ao auxílio no transporte de engenheiros e empregados na área de mineração.

Esses veículos serão empregados em uma cidade do interior, com difícil acesso, sem autoridades de segurança pública por perto, com alto índice de criminalidade.

Nada mais natural que a arrendadora faça este perfilamento junto ao arrendatário e majore o valor mensal que será devido, afinal, em caso de furto caberá a ela amargar sozinha os prejuízos do negócio.

Considerando que o arrendamento mercantil movimentava bilhões de reais ao ano, sendo que 43% dos incentivos são destinados especificamente para maquinários voltados para a indústria, a mínima majoração dos valores ofertados pelo arrendador tende a causar grande impacto no desenvolvimento industrial, econômico e em última análise ao bem-estar social.

Perceba que a situação descrita no caso concreto altera substancialmente o risco do negócio e conseqüentemente o preço de mercado, o que conforme o magistério de Fernando Araújo tende a criar-se, como demonstra a história, um monstro. (ARAÚJO,2007.p55).

Frisa-se que não se sustenta que o contrato deva ser afastado de qualquer critério de justiça substantiva. O que pode haver é que por meio da apreciação de um julgador externo os arranjos contratuais sejam modificados, devendo no entanto, sempre ser respeitado o sacrossanto mecanismo de preço de mercado.

Já referente a incompletude contratual podemos manejar uma análise com base em um diferente prisma.

Consideramos como contratos incompletos aqueles que são incapazes de prever todas as circunstâncias fáticas que podem influenciar no adimplemento que as partes contratantes buscam.

Em outros termos, podemos dizer que há um contrato incompleto que não consegue condensar em suas cláusulas todas as circunstâncias fáticas que podem aparecer no curso de sua validade.

Frisa-se que um contrato completo existe apenas no mundo ideal. Na realidade que nos apresentamos é impossível conceber um contrato que preveja todas as circunstâncias futuras que podem interferir nas condições de adimplemento contratual ou desequilíbrio contratual.

São basicamente 4 (quatro) motivos que impedem o contrato de ser completo, quais sejam, a assimetria de informações, racionalidade limitada, as externalidades e por fim a conduta oportunista do agente.

A assimetria de informação trata-se de uma verdadeira falha de mercado que derivada de diferenças uso, acesso e utilização de informações relevantes para uma transação

comercial.. Tais informações podem se referir por exemplo ao conhecimento que determinado consumidor tem em razão de um produto, mas que é inferior àquela que o fabricante possui.

A assimetria de informação refere-se também na informação que as partes possuem referentes as condições futuras de mercado que fatalmente vão influenciar no equilíbrio contratual.

Já a racionalidade diz respeito aos agentes envolvidos e sua incapacidade, ou limitação, quando da transação econômica, de conhecer por completo o conjunto de alternativas disponíveis de modo a reduzir as incertezas e riscos. Os agentes são incapazes de analisar as probabilidades em razão de eventos futuros.

Podemos fazer uma comparação metafórica entre o ativismo judicial e um para-brisa embaçado, em que o veículo está em movimento. Não se sabe para onde o veículo vai ao certo, espera-se que seja para o local desejado, mas, a visão embaçada pelo para-brisa impede que se preveja ou tenha certeza para onde se está indo. O ativismo judicial impede que exista o mínimo grau de previsibilidade das decisões, obrigando assim os agentes a seguir “viagem” sem saber para onde de fato estão indo.

Essa condição de “visão embaçada” afasta ainda mais os contratos de sua completude, pois, as partes são incapacitadas de tomar decisões com base em sua racionalidade, que como exposto, já é limitada.

Além do mais, a incerteza que orbita o contrato, em razão do ativismo judicial, estimula as partes a pratica de condutas consideradas oportunistas.

O oportunismo ou prática oportunista pode ser considerado aquela em determinadas circunstâncias exógenas ao contrato resulte em oportunidade para ganhos extraordinários por uma das partes, que por sua vez utilizará de estratégias para tirar proveito em interesse próprio.

Se determinado agente econômico está impossibilitado de prever ou racionalizar as variáveis que influenciam no adimplemento do contrato que tenha pactuado, pode ser, que visando diminuir seu risco, passe a praticar condutas oportunistas.

Já as externalidades são eventos gerados pela conduta de agentes alheios ao contrato pactuado entre as partes, ou seja, terceiros que impactam na relação contratual, em benefício de uma ou de outra parte.

Podemos dizer que os casos fortuitos ou naturais, como chuvas podem estar incluídos no conceito. Ainda, por exemplo, podemos citar condições tecnológicas como o surgimento de determinada pesquisa científica que reduz o custo de determinado insumo.

Esta última condição, externalidades, são as únicas que a princípio, não terão correlação direta com o ativismo judicial.

Note-se que os 4(quatro) elementos trazidos a baila, 3(três) são diretamente impactados pelo ativismo judicial. Daí a necessidade de se enfrentar diretamente o fenômeno jurídico do ativismo especialmente à luz da análise econômica do direito.

6 O ATIVISMO JUDICIAL E A (IM)PREVISIBILIDADE DA ATUAÇÃO ESTATAL

Conforme já apontado nos tópicos anteriores a previsibilidade da ação Estatal, incluindo-se as decisões judiciais, é elemento presente na teoria dos custos de transação.

Quando o fenômeno do ativismo judicial atua na esfera contratual o mínimo grau de previsibilidade da atuação estatal tende a desaparecer. Tem-se do magistério do professor Néviton Guedes:

Quando órgãos judiciários, contudo, passam a atender (expressa ou veladamente), com regularidade, expectativas sociais não selecionadas normativamente pelo direito, como são o caso de exigências essencialmente políticas, econômicas ou morais, estar-se-á esgarçando a diferenciação funcional do direito, que permitiu às democracias ocidentais uma de suas mais importantes conquistas: a previsibilidade na ação do Estado e da própria sociedade. A previsibilidade de suas decisões, além de virtude que legitima o afazer judiciário, é um de seus principais escopos. (GUEDES,2012)

Obviamente a previsibilidade e uniformidade das decisões que se é necessário no Estado Democrático de Direito não deve comprometer a liberdade do julgador. Mas, um mínimo grau de previsão é necessário aos operadores do direito e ao jurisdicionado.

Quando o órgão judiciário atua para além da jurisdição, por exemplo, ao fazer as vezes do típico poder legislativo, fica impossível prever qual será o novo panorama, obrigando o cidadãos, ou como no caso, as partes contratantes a se adaptar.

Por natureza o ativismo judicial amplia a imprevisibilidade dos desfechos negociais, reaproximando as empresas do seu funcionamento anormal. Já o consumidor, ou a parte diversa do agente econômico tende também a ficar exposta a condições inesperadas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo todo o exposto conclui-se que o ativismo judicial quando sopesado sob a ótica da análise econômica do direito se mostra maléfica a efetivação dos valores almejados não apenas por agentes econômicos, mas também por consumidores, em razão das implicações nos custos de transação.

Obviamente não nos afastamos da ideia de que o ativismo pode também trazer benefícios ao desenvolvimento social e especialmente a proteção de direitos fundamentais, a exemplo do que ocorreu com o reconhecimento da unidade familiar homoafetiva.

Efetuar uma leitura à luz da teoria econômica dos contratos, utilizando-se de afirmações econômicas sólidas, distantes do senso comum, sem dúvida pode corrigir potenciais equívocos trazidos pelo ativismo judicial.

Não se sustenta que a teoria da análise econômica do direito ou mesmo a análise econômica dos contratos tenha a pretensão de fornecer uma receita pronta para todas as mazelas socioeconômicas.

O que se propõe é que por meio de todo o instrumental fornecido pela análise econômica dos contratos para assim apontar implicações das diversas possíveis escolhas normativas.

Essencial nos afastarmos da visão limitada de que o Direito e Economia sejam como um conjunto de receitas de bolo, sem qualquer preocupação com as consequências práticas da construção normativa engendrada. (SALAMA,2008.p.5).

A hipótese alcançada abarca objetivamente o impacto do ativismo judicial nos custos de transação, sendo apontada como um fator eminentemente maléfica.

Se obviamente não há como retroagir no tempo e desconstruir o ativismo judicial, ideal que a análise econômica seja uma das fontes das decisões judiciais.

Se por um lado o elemento da previsibilidade das decisões judiciais continuará sendo prejudicado, outros pontos podem ser ainda preservados. Falamos por exemplo da preservação das condições das partes efetivarem os termos contratuais de forma que o bem estar social seja preservado.

A eficiência dos contratos em gerar circulação de riquezas deve ser sempre que possível preservada. Efetivar a pretensão das partes com o menor custo possível deve ser uma das premissas verificadas pelo julgador quando no exercício da jurisdição.

No exemplo tratado, qual seja, do contrato de leasing, o órgão julgador não utilizou-se das fontes fornecidas pela análise econômica do direito e em decorrência disso acabou por impactar nos custos de transação.

Veja que uma hipótese seria ao menos limitar o âmbito de aplicação da decisão à comarca onde o procedimento fora instaurado daria inclusive mais tempo e condições para que outras empresas arrendadoras se planejassem e assim não sofressem tanto impacto negativo nos custos do contrato.

Finalizando, a aplicação da Análise Econômica do Direito e dos Contratos, quando aplicado nas decisões judiciais, sem sombra de dúvidas, irá aumentar o grau de segurança, diminuir os custos de transação, e conseqüentemente gerar uma prestação jurisdicional mais eficiente e voltada ao bem estar social.

REFERENCIAS:

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE LEASING. Disponível em <
[http://www.leasingabel.org.br/arquivos-
upload/Informa%C3%A7%C3%B5es%20do%20Setor%20no%20Contexto%20do%20Cr%C3%A9dito%20no%20Brasil%20Abril.pdf](http://www.leasingabel.org.br/arquivos-upload/Informa%C3%A7%C3%B5es%20do%20Setor%20no%20Contexto%20do%20Cr%C3%A9dito%20no%20Brasil%20Abril.pdf)> Acesso em 05 de Agosto de 2016.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Editora: Almedina. Coleção: Manuais Universitários. Ano: 2007 . pp. 27-41.

BARROSO, Luís. Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. Disponível em <
<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 05 de Ago.2016.

GUEDES, Néviton. O JUIZ ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E A AUTOCONTENÇÃO. Disponível em <
<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>> Acesso em 05 de Agosto de 2016.

DWORKIN, Ronald. O império do direito/Ronald Dworking; tradução Jefferson Luiz Camargo - São Paulo: Martins Fontes, 1999.pg 451/452.

EIRIK, G Furubotn e RICHTER, Rudolf. **Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics**. The University of Michigan Press: Ann Arbor, 1997.

GICO Jr., Ivo T. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, 2010. p.12.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

POSNER, Richard A. **“The Economic Approach to Law”**. *Texas Law Review*, v. 53, n. 4, 1975.p. 9.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. Andamento processual. Disponível em <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=.0186728-64.2011.8.19.0001>> Acesso em 06 de Ago. 2016.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O QUE É PESQUISA EM DIREITO E ECONOMIA?. *Cadernos DIREITO GV*; 2008, v. 5, n. 2.p.5